Die Erbenausgleichung

nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Erwin Wolf
aus Aarau (Schweiz).

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Männedorf (Zürich)
Buchdruckerei E. Meyer
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546828_0075

Meiner lieben Mutter.

I. Abschnitt.

Die Ausgleichungsbestimmungen im allgemeinen.

§ 1.

Die Aufnahme des Ausgleichungsinstitutes in das Zivilgesetzbuch bedeutet für das Geltungsgebiet des Gesetzbuches keine Neuerung. Alle schweizerischen Kantone mit eigenen Gesetzgebungen [1]) hatten diese Materie in ihren Kodifikationen oder in Spezialgesetzgebungen geregelt. Eine vergleichende Darstellung der, in den zirka 30 Erbrechten der Schweiz bezüglich der Ausgleichung geltenden Grundsätze möge hier folgen. Einerseits ersehen wir daraus, in wie verschiedenartiger Weise dieses Gebiet geregelt war, andrerseits erhalten wir dadurch die Möglichkeit zu beurteilen, inwieweit das kantonale Recht in den einzelnen Gebieten unverändert bleibt, resp. inwieweit die für die ganze Schweiz geltenden Ausgleichungsbestimmungen sich als Zusammenziehung des Inhalts der diesbezüglichen kantonalen Regelung darstellen, und inwieweit, anlässlich der Vereinheitlichung des Erbrechtes, Neuerungen, die sich als wünschbar erwiesen hatten, aufgenommen wurden.

„Die Gleichstellung der Erben ist für alle Fälle festgesetzt", besagt § 1 des Erbgesetzes von Appenzell I. R. Aus diesem Grundsatze folgt, dass innerhalb der Erbengemeinschaft bezüglich der den Erben zu Lebzeiten des Erblassers aus dessen Vermögen gewährten Zuwendungen eine Abrechnung stattfinden muss. Die Abrechnungspflicht, resp.

[1]) Keine Gesetzgebungen hatten Uri, Schwyz und Obwalden.

Berechtigung soll aber nicht eine allgemeine sein, sondern nur insoweit bestehen, als der Erblasser durch die Hingabe der Zuwendung den Empfänger gegenüber seinen Miterben nicht begünstigen wollte. Eine Abrechnungspflicht besteht somit nur auf Grund des dahinzielenden Willens des Erblassers, sei es dass dieser Wille erklärt war, sei es dass er von Gesetzes wegen vermutet wird. Ist dieser auf Ausgleichung gerichtete Wille des Erblassers nicht erklärt, oder wird die gesetzliche Vermutung durch den Nachweis der vom Erblasser gewollten Begünstigung zerstört, so ist der Erbe nicht verpflichtet, die Zuwendung sich anrechnen zu lassen. Dies jedoch nur soweit der Erblasser seine Vermögensfreiheit nicht überschritten hat. Ist letzteres der Fall, findet eine Reduktion [1]), nicht jedoch eine Ausgleichung der über den Umfang der disponiblen Quote hinausgehenden Begünstigungen, statt.

Dies sind die Grundprinzipe, wie sie einheitlich dem kantonalen Ausgleichungsrecht zugrunde lagen. Was die einzelnen Bestimmungen anbelangt, gehen diese in den verschiedenen kantonalen Gesetzgebungen zum Teil sehr weit auseinander. Diese Abweichungen gründen sich auf der Tatsache, dass die meisten kantonalen Gesetzgebungen sich nicht als Weiterentwicklungen hergebrachter Rechtsanschauungen darstellen, sondern als Rezeption aus dem römischen Recht, sowie aus Kodifikationen fremder Staaten.

Im allgemeinen besteht die Abrechnungspflicht nur unter den Erben, welche die Erbschaft übernehmen. Eine abweichende und exorbitante Bestimmung hatte der code civil von Neuenburg, indem er eine Kollationspflicht auch aufstellte für den ausschlagenden Erben [2]). Alle andern Kantone

[1]) Vgl. Huber P.R. S. 468 und die dort zitierten kantonalen Bestimmungen.

[2]) Art. 786: L'enfant ou descendant qui n'accepte point la succession doit faire rapport à la masse des valeurs qu'il a reçues du défunt à titre de donation entre vifs, d'avancement d'hoirie ou de prêt.

haben entweder eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen oder verneinen eine Ausgleichungspflicht des ausschlagenden Erben, mit der Begründung, dass durch den Erbschaftsverzicht die Pflicht zur Ausgleichung wieder aufgehoben werde [1]).

Bezüglich der Personen, die an der Ausgleichung teilnehmen, können wir zwei Kategorien unterscheiden. In den meisten Kantonen, so in der ganzen französischen Schweiz (soweit nicht der c. c. fr. Geltung hatte), sowie in vielen Kantonen der deutschen Schweiz, sind nur die Deszendenten der Ausgleichungspflicht unterworfen. Art. 237 des Erbgesetzes von St. Gallen sagt: Es wird gesetzlich vermutet, dass der Erblasser, wenn er leibliche Kinder hinterlässt, eine vollkommene Gleichstellung derselben in der Erbschaft beabsichtigt; es findet daher bei der Teilung der Erbschaft nur unter diesen Personen Abrechnung statt. Andere Gesetzgebungen statuieren eine Ausgleichungspflicht auch für andere Erben als Deszendenten, so in dem Gebiete, wo der c. c. fr. Geltung hatte [2]), dann Waadt, Wallis, Appenzell A.R.[3]), Glarus, Aargau und Freiburg. Doch vermuten die meisten dieser Gesetzgebungen den erblasserischen Willen nur für Deszendenten, da (Erbg. v. St. Gallen) eine Vermutung, dass der Erblasser die Ausgleichung gewollt habe, nur gegenüber denjenigen Erben bestehen könne, welche mit dem Erblasser in einer besonders intensiven Verbindung gestanden haben. — Die überwiegende Mehrheit der kantonalen Gesetze setzt eine Ausgleichungspflicht auch für die Nachkommen der Ausgleichungspflichtigen fest, und zwar sowohl für das, was sie erhalten hatten, als auch für das, was ihre Vorfahren em-

---

[1]) Vgl. Merz S. 146.
Ebenso ein Entscheid des aargauischen Obergerichtes, I. 150/2.

[2]) Mit wenigen Modifikationen galt der c. c. fr. im Berner Jura und in Genf.

[3]) . . . . was Kinder oder andere Erben . . .

pfangen hatten, und gleichviel ob das von den letzteren Empfangene auf sie übergegangen war oder nicht[1]).

In sehr verschiedener Weise haben die kantonalen Gesetze die Frage gelöst, was als ausgleichungspflichtige Zuwendung zu betrachten sei. Zu konferieren sind alle Zuwendungen, die der Erblasser auf Anrechnung an den Erbteil (Aargau), auf Abschlag seines zukünftigen Erbteils (Bern), d'avancement d'hoirie (Neuenburg) gegeben hat. Eine gesetzliche Vermutung, dass alle Zuwendungen, die der Erblasser gegeben hat, als auf Anrechnung gegeben anzusehen sind, setzen nur wenige Kantone fest (Appenzell: Alles dasjenige, was Kinder oder andere Erben vom Erblasser empfangen haben, soll in Anrechnung gebracht werden). Die meisten Kantone setzen eine Abrechnungspflicht nur für gewisse Arten von Zuwendungen, wie diejenigen Zuwendungen, die unter den Begriff des Heiratsgutes fallen, dann etwa jene Zuwendungen. welche im Interesse der wirtschaftlichen Selbständigkeit oder zur Erlernung eines Berufes oder eines Gewerbes gegeben wurden, fest. Einzelne Gesetze führen auch noch den Schulderlass und die Bezahlung von Schulden an (Luzern, Nidwalden, Aargau). Eine sehr elastische Bestimmung hatte Zürich im § 966 aufgestellt: Ergibt sich aus den Verhältnissen, dass der Erblasser Kapitalverwendungen für einen nachherigen Erben, mit Rücksicht auf dessen zukünftigen Erbteil, gemacht hat oder in dieser Absicht die Rückforderung eines dem Erben gemachten Vorschusses unterlassen hat, so ist der Betrag desselben bei der Erbteilung in Abrechnung zu bringen. — Sei nun die Ausgleichungspflicht auf einen grösseren oder kleineren Kreis von Objekten ausgedehnt. so gilt doch allgemein, dass alle kleineren Zuwen-

---

[1]) Huber S. 460.
Entsch. des aarg. Oberg. II 495/6.
Amsler S. 170.
Bühler S. 118.

dungen von der Einwerfungspflicht befreit sind [1]). Das gleiche galt in den meisten Gesetzgebungen bezüglich der Auslagen, die für die Erziehung und Ausbildung der Kinder verwendet wurden. So wollen eine Ausgleichung der Erziehungskosten nicht: Zürich, Schaffhausen, Glarus, Graubünden, Thurgau u.a., sofern der Erblasser nicht eine abweichende Bestimmung getroffen hat. Aargau und Solothurn verlangen einen schriftlichen Erlass. Immerhin soll diese Befreiung nicht eine schlechthin undedingte sein, vielmehr soll angerechnet werden, wenn die Auslagen als ausserordentliche, zu dem Vermögen des Erblassers in keinem Verhältnis stehende zu betrachten sind [2]), oder wenn andere Kinder dadurch unverhältnissmässig gekürzt werden in ihrem Erbteile.

Dem Grundsatz, dass die angemessenen Erziehungskosten nicht der Anrechnung unterworfen seien, entsprach die in den meisten Gesetzen enthaltene Regel, dass denjenigen, die durch die Nichtanrechnung geschädigt sind, d. h. den Unerzogenen, eine entsprechende Vergütung zukommen, ihnen ein „Voraus“ gewährt werden soll [3]). St. Gallen und Appenzell gehen noch einen Schritt weiter; ersterer, indem er unausgesteuerten Kindern ein Voraus gewährt, letzterer, indem er auch gebrechliche Kinder in den Kreis derjenigen einbezieht, denen ein Voraus zukommen soll.

Bezüglich der Art und Weise, wie die eigentliche Abrechnung vor sich gehen solle, können wir die kantonalen Gesetzgebungen in drei Gruppen einteilen. Zu der ersten Gruppe gehören diejenigen Gesetzgebungen, welche Naturalkollation vorschreiben, also ein wirkliches Einbringen des individuellen Gegenstandes in die Erbmasse zum Zwecke der

---

[1]) Tessin: non si conferisce neppure il valore dei vestiti i quali appartengono alle persone della famiglia che ne hanno l'uso.

[2]) Vgl. Bühler S. 118.
Aarg. oberg. Entsch. E. II 493/4.

[3]) Huber S. 466.

Verteilung unter die Erben fordern [1]). Eine weitere Gruppe kannte nur Kollation in Form eines entsprechenden Mehrbezuges seitens der nichtbegünstigten Erben [2]), resp. eines Weniger-Bezuges der voraus empfangenden Erben.

Hinsichtlich der Berechnungsweise drücken sich die Gesetzgebungen verschieden aus; so Appenzell: Das Vorausempfangene soll den übrigen Erben voraus zugeteilt werden; Baselland: Der Vorempfänger soll solange stillestehen, bis ein jedes der übrigen Kinder auch so viel empfangen hat.— Endlich die letzte Gruppe, welche die weitaus meisten kantonalen Gesetzgebungen umfasst, hatte die oben erwähnten Systeme vereinigt. Je nach Belieben des Erben konnte die Abrechnung durch tatsächliches Einwerfen oder „en moins prenant" geschehen. — Das Zurückstehen des Vorempfängers bedingte die Aufwerfung der Frage, ob der Frbe für den Fall, dass er mehr empfangen hat, als sein Erbteil beträgt, dazu angehalten werden könne, den Mehrbetrag zu vergüteu. Wenige Gesetzgebungen wollen auch hier Ausgleichung des Ueberschusses; die Mehrzahl lehnt eine diesbezügliche Ausgleichungspflicht ab.

---

[1]) B.G. von Nidwalden, Ziff. 2 § 204.
Luzern, Z.G. § 397.
[2]) Merz S. 147.

§ 2.

Mit der Vereinheitlichung des Erbrechtes durch das Zivilgesetzbuch trat an Stelle der bunten Mannigfaltigkeit der kantonalen Bestimmungen auf dem Gebiete der Ausgleichung eine einheitliche Regelung ein.

Die Lehre von der Ausgleichung behandelt das Z.G.B. im 17. Titel, der die Teilung der Erbschaft regelt [1]), in einem besonderen Abschnitt. In acht Artikeln, die in ihrer prägnanten Kürze im schroffen Gegensatz zu den meist sehr ausführlichen und breiten Ausführungen der kantonalen Rechte stehen, hat der Gesetzgeber das ganze Institut geregelt und charakterisiert diesen Abschnitt mit der Bezeichnung „Ausgleichung". Die vom Z.B.G. genwählte Benennung ist nicht neu, so hatte sie schon das aargauische Recht verwendet, wie sie auch das allgemeine preussische Landrecht und das deutsche B.G.B. aufgenommen hatten. Dies mit Recht, ist doch diese Bezeichnung, wie keine andere, geeignet, die Bedeutung des Institutes wiederzugeben. Den von den meisten kantonalen Rechten gewählten Ausdrücken [2]) ist sie insofern vorzuziehen, als sie damit nicht nur eine Art des Kollationsvollzuges erfasst. Insofern ist die für die französische Fassung gefundene Uebersetzung „rapport" (Rückbringen) als nicht ganz einwandfrei anzusehen.

Der Ausdruck Ausgleichung berührt zugleich den dem Institut der Ausgleichung zugrunde liegenden Gedanken, der bezweckten materiellen Gleichstellung der Erben, dass unter diesen ein Ausgleich geschaffen werden soll, inbezug auf gewisse vermögenswerte Zuwendungen, die sie vom Erblasser zu dessen Lebzeiten erhalten haben.

---

[1]) Die meisten kantonalen Gesetze behandeln die Ausgleichungsmaterie nicht bei den allgemeinen Grundsätzen der Teilung, sondern beim Erbrecht der Deszendenz.

[2]) Beispielsweise: Einwerfung, Rückbringen, Anrechnung.

Es soll hier nicht unerwähnt bleiben, dass das Zivilgesetzbuch auch anderorts und in anderem Sinne recht oft von Ausgleichung spricht (Familien- und Sachenrecht), wobei es sich meistens um Rück- oder Ersatzforderungen zur Wiederherstellung eines vorher bestandenen Vermögenskomplexes handelt. Aber auch im Erbrecht spricht das Gesetz anderwärts von Ausgleichung. Nicht um Ausgleichung in unserem Sinne handelt es sich bei der Ausgleichung des Art. 608. Hat der Erblasser Vorschriften über die Bildung der Teile gemacht, so soll bei einer event. Ungleichheit der Teile, so keine andere erblasserische Verfügung vorliegt, die Zuweisung der Erbschaftssache nicht als Vermächtnis aufgefasst werden. Auf dieser gesetzlichen Präsumption, der Erblasser habe die Teile gleich gross machen wollen, basiert der Artikel 608. Wenn auch diese Ausgleichung ihre Wirkung unter den Miterben äussert, so ist sie der Ausgleichung des Art. 626 insofern fremd, als sie das Moment der vom Erblasser zu Lebzeiten zugewiesenen Zuwendung nicht erfüllt. — Dagegen gehören materiell zur Ausgleichung in unserem Sinne die in Art. 527 Abs. 3 bei der Herabsetzung von Verfügungen unter Lebenden und in Art. 579 Abs. 1 bei der Haftung für den Fall der Ausschlagung untergebrachten Bestimmungen.

Was die Anordnung der Bestimmungen betrifft (Art. 626—633), namentlich aber auch die Marginalen (A, B, etc.), welche letztere zur inneren Systematik des Abschnittes beitragen sollen, so kann sie vom juristischen Standpunkte aus jedenfalls nicht als sehr zweckmässig bezeichnet werden [1] [2]). Aber auch in anderer Beziehung, materiell, lässt der Abschnitt zu wünschen übrig. Nach Art. 626, der den obersten Grundsatz, den Inhalt und die Voraussetzungen der Ausgleichungspflicht enthält, bedeutet die Ausgleichungspflicht die Verpflichtung gewisser Miterben, bestimmte ihnen vom Erblasser

[1]) Vgl. Rossel-Mentha S. 676.

[2]) In dieser Beziehung ist die Anordnung der §§ 2050—2056 des B.G.B. vorbildlich.

gewährte Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen. Es erschöpft sich somit die Verpflichtung darin, dass sie die ihnen zugekommenen Zuwendungen in der einen oder anderen Art zu Gunsten der Miterben ausgleichen müssen. So auch die Kollationspflicht des römischen und gemeinen Rechts, so namentlich die Ausgleichungspflicht des österreichischen Gesetzbuches und des B.G.B. Dieser Materie fremd ist daher das in Art. 631 Abs. 2 und Art. 633 gewissen Personen gewährte Vorausbezugsrecht resp. das Recht dieser Personen, eine billige „Ausgleichung" beanspruchen zu können. Dieses Recht soll unerzogenen und gebrechlichen Kindern zukommen in Ansehung der bereits erzogenen Kinder, die die Erziehungskosten nicht ausgleichen müssen, sodann auch mündigen im Haushalt mit ihren Eltern gemeinsam lebenden Kindern, die ihre Auskünfte dem Haushalt zugewendet haben. Um Wiederholungen [1]) zu vermeiden, soll hier nur festgelegt werden, dass, wenn wohl in den erwähnten Fällen eine materielle Gleichstellung der Erben erzielt werden soll, und insofern die Materie mit dem Titel Ausgleichung übereinstimmt, es sich doch nicht um Ausgleichung im juristisch-technischen Sinne handelt [2]). Es geht dies auch deutlich aus der für die französische und italienische Fassung gewählten Bezeichnung des Ausgleichungsinstitutes hervor (rapport, collazione).

---

[1]) Vgl. die Ausführungen S. 59 ff.

[2]) Es ist daher auch falsch, wenn in den erwähnten Fällen von Ausgleichungsberechtigung gesprochen wird. — Vgl. Escher S. 354.

§ 3.

Unter normalen Umständen wird jeder Erblasser unter denjenigen Erben, die ihm besonders nahestehen, mit denen er in enger Gemeinschaft steht, eine materielle Gleichstellung wollen in bezug auf das, was sie nach seinem Tode aus seinem Vermögen erhalten sollen. Hinterlässt der Erblasser beispielsweise 2 Söhne oder 2 Brüder, so wird er in der Regel nicht wollen, dass der eine vor dem anderen einen Vorzug erhalte. Er wird daher die Tatsache, dass er einem Erben zu Lebzeiten etwas aus seinem Vermögen gegeben hat, nicht unberücksichtigt lassen. Hat der Erblasser versäumt, durch Verfügung von Todes wegen, durch Schmälerung oder Vergrösserung der Erbteile oder durch Vorausvermächtnisse einen Ausgleich zu schaffen, so tritt das Gesetz an seine Stelle [1]). Die Bestimmungen des Ausgleichungsinstitutes, wonach bestimmte Erben zum Rückbringen oder Anrechnen der ihnen zugekommenen Zuwendungen verpflichtet sind, sollen somit nur die Lücke ausfüllen, die der erblasserische Tod verursacht hat. Wenn daher das Gesetz, ohne dass der Erblasser seinen Willen in Form einer Verfügung von Todes wegen zu erklären braucht, gewisse Erben zur Ausgleichung verpflichtet, so entspricht diese Regelung dem erblasserischen Willen. Zusammenfassend lässt sich der leitende Gedanke der gesetzlichen Ausgleichungspflicht dahin ausdrücken, dass die dem erbl. Willen entsprechende Gleichstellung gewisser Erben nicht dadurch beeinträchtigt werden soll, dass zufällige Umstände den Erblasser veranlasst haben, den Erben Gaben irgend welcher Art zu geben [2]). Da die

[1]) Vgl. jedoch Anz S. 1, Anm. 1.
„Ganz einzig steht die gegenteilige Ansicht da, wie sie die Motive zu einem Entwurf der das Erbrecht betreffenden Gesetze von 1835 in Preussen aussprechen. Der normale Erblasser habe unter seinen nächsten Erben stets besondere Lieblinge, die er durch Vorempfänge bevorzugt haben wolle,

[2]) So Strohal, S. 63 I.

Ausgleichungsbestimmungen auf dem erblasserischen Willen beruhen, der Wille des Erblassers somit das Entscheidende ist, hat das gesetzliche Ausgleichungsinstitut nur dann Berechtigung und finden die Ausgleichungsbestimmungen keine Anwendung, wenn der Erblasser letztwillig etwas anderes verfügt hat, resp. wenn das Gesetz ausdrücklich erblasserische Willenserklärungen berücksichtigt [1]). Denn darin zeigt sich ja der nachgiebige Charakter der Rechtssätze, dass sie nur dann anzuwenden sind, wenn eine Ordnung der Verhältnisse durch die Privatwillkür nicht vorliegt oder unvollständig ist.

Aus dem oben Gesagten ergibt sich auch ohne weiteres die Unterscheidung zwischen dem gesetzlichen Institut der Ausgleichung und der Herabsetzung [2]). Wennwohl die Herabsetzung, wie die Ausgleichung, die Erben zum Rückbringen oder Anrechnen der erhaltenen Zuwendungen verpflichtet, hat sie nicht den Zweck, die Erbteile auszugleichen, als vielmehr jene Zuwendungen ungültig zu machen, welche der Gesetzgeber als ungerechtfertigt ansieht in Berücksichtigung jener Personen, die dem Erblasser nahestehen und ist im Gegensatz zu der Ausgleichung unabhängig vom erblasserischen Willen.

---

[1]) Vgl. Art. 626 Abs. 2.

[2]) Vgl. Roguin S. 597 (Distinction entre le rapport et la réduction): „Bezüglich der Zuwendungen unter Lebenden ist einer der wichtigsten Punkte, die Herabsetzung richtig von der Ausgleichung zu unterscheiden. Zweckmässig ist von rapport-collatio und rapport-réduction zu sprechen.

II. Abschnitt.

Die Ausgleichungssubjekte.

§ 4.

Welches sind die Subjekte des Ausgleichungsinstitutes? Die Antwort ergibt sich unschwer aus Art. 626 Abs. 1: Die gesetzlichen Erben. Für den Kreis der gesetzlichen Erben statuiert das Z.G.B. eine Ausgleichungspflicht. Nach den Erläuterungen soll die Ausgleichungspflicht in Uebereinstimmung mit dem französischen Recht nicht nur für die Nachkommen, sondern für alle gesetzlichen Erben bestehen. Damit stellt sich das Zivilgesetzbuch in Gegensatz zu der Grosszahl der kantonalen Gesetzgebungen, insbesondere zum B.G.B. [1]), das die Ausgleichungsverbindlichkeit auf die Nachkommen beschränkt, da nur unter diesen, dem Erblasser so nahe stehenden Personen eine Ausgleichung Berechtigung habe. Die Tatsache, dass die Nachkommen mit viel engeren Banden mit dem Erblasser verknüpft sind, als die übrigen gesetzlichen Erben, dass somit bezüglich der Nachkommen der Gedanke der Gleichstellung in noch höherem Masse Platz greifen muss, hat auch in der Ausgleichung des Z.G.B. insofern Würdigung gefunden, als die Stellung der Ausgleichungspflichtigen eine verschiedene ist, je nachdem es sich um Nachkommen odere andere gesetzliche Erben handelt [2]). Die Unterscheidung ergibt sich aus der Gegenüber-

[1]) Ebenso das österr. Recht und das A.L.R.

[2]) Sten. Bull. 1906 S. 502.

stellung des Abs. 1 Art. 626 und Abs. 2. Besteht nun diese Unterscheidung darin, dass Abs. 2 dem Erblasser die Möglichkeit des Ausgleichungserlasses gibt, währenddem dies Abs. 1 nicht vorsieht? Mit Recht verneint dies Martin [1]), denn Abs. 1 regelt die Ausgleichung der auf Anrechnung gegebenen Zuwendungen, schliesst daher die in Begünstigungsabsicht gemachten Zuwendungen aus. Die Unterscheidung ist anderer Art. Das Hauptprinzip liegt in Art. 626 Abs. 1. Die gesetzlichen Erben sind zur Ausgleichung verpflichtet, wenn sie eine Zuwendung auf Anrechnung an ihren Erbteil erhalten haben, sie sind daher nicht verpflichtet, wenn ihnen die Zuwendung nicht auf Anrechnung gemacht wurde. Die Nachkommen dagegen (Art. 626 Abs. 2) sind verpflichtet, schlechthin alle erhaltenen Zuwendungen auszugleichen — so es sich um eine der in Art. 626/2 genannten Zuwendungen handelt — und müssen nur dann nicht ausgleichen, wenn der Erblasser ausdrücklich festgelegt hat, dass er eine Ausgleichung nicht gewollt hatte. In Bezug auf die Ausgleichungspflicht besteht somit ein merkbarer Unterschied für die Stellung der Nachkommen und der gesetzlichen Erben [2]). Die Stellung der Nachkommen ist eine bedeutend weniger günstigere, als die der übrigen gesetzlichen Erben. Die ungünstigere Stellung, resp. die erschwerte Ausgleichungspflicht, ergibt sich dann weniger, wenn ein erklärter Wille des Erblassers vorliegt, macht sich jedoch recht fühlbar, wenn man diejenigen Fälle in Erwägung zieht, in denen der erblasserische Wille nicht erklärt, d. h. nicht nachweisbar ist, sei es nun, dass er auf Anrechnung oder auf Nichtanrechnung gerichtet war. In beiden Fällen müssen die gesetzlichen Erben die erhaltenen Zuwendungen nicht ausgleichen, während die im gleichen Fall befindlichen Nachkommen ausgleichungspflichtig sind. Wahrscheinlichkeits- und Zweckmässigkeitsgründe [3])

[1]) Vgl. S. 156 und die dort gegebene Begründung.
[2]) Sten. Bull. 1906 S. 383.
[3]) Vgl. die Ausführungen S. 54 unten.

haben den Gesetzgeber bewogen, es für besser zu erachten, wenn die Nachkommen in Fällen, wo der wirkliche, aber nicht erklärte Wille des Erblassers nicht auf Ausgleichung geht, ausgleichen müssen, als eine entsprechende Nichtausgleichungspflicht in Fällen, wo der nicht erklärte, aber auf Anrechnung zielende erblasserische Wille vorliegt. An die Stelle des wirklichen erblasserischen Willens tritt dann die gesetzliche Voraussetzung, der Erblasser habe die Ausgleichung gewollt, m. a.W. die Nachkommen sind präsumptiv ausgleichungspflichtig, nicht aber die übrigen gesetzlichen Erben. Zu weit geht jedoch Rossel-Mentha [1]), wenn er zu der Ansicht kommt, das Gesetz präsumiere eine Nichtausgleichungspflicht der gesetzlichen Erben, die nicht Nachkommen des Erblassers sind. Art. 626, 1 stellt das Hauptprinzip der Ausgleichung auf, Abs. 2 schränkt dieses Prinzip nicht ein, noch kehrt er es um. Abs. 2 verstärkt vielmehr den dem Abs. 1 zugrunde liegenden Gedanken, es solle unter allen gesetzlichen Erben in Berücksichtigung der empfangenen Zuwendungen Gleichstellung herrschen. — Unrichtig ist es, wenn Wolfer [2]) nur die Nachkommen als Subjekte der von Gesetzes wegen vorgeschriebenen Ausgleichung erachtet. Er gründet seine Ansicht auf der, von den deutschen Rechtslehrern und Kommentatoren des B.G.B. für das deutsche Recht gemachten Unterscheidung zwischen gesetzlicher und gewillkürter Ausgleichung [3]), wobei man unter gewillkürter Ausgleichung die auf einem erklärten Willen des Erblassers hin erfolgende Ausgleichung zu verstehen hat; unter gesetzlicher, die Mangels einer solchen Willenserklärung des Erblassers kraft Gesetzes eintretende Ausgleichung. Wenn auch nach Z.G.B. die Ausgleichungspflicht der Miterben aus der mutmasslichen, im andern aus dem erklärten Willen des Erblassers sich herleitet, so besteht doch eine Rechtspflicht zur Ausgleichung für alle

[1]) S. 705.
[2]) S. 37.
[3]) Strohal I S. 63 Anm. 4. — Magnus S. 7. — Wolfer S. 22.

gesetzlichen Erben von Gesetzes wegen. Entsprechend dem erblasserischen Willen stellt das Gesetz eine allgemeine Manifestations- und Ausgleichungspflicht in Bezug auf die vorempfangenen Zuwendungen für alle gesetzlichen Erben auf. Zum Zwecke der Gleichstellung dieser Erben tritt an Stelle der fehlenden erblasserischen Verfügung die gesetzliche Ausgleichungsvorschrift. Subjekte der Ausgleichung sind somit alle gesetzlichen Erben [1]).

§ 5.

Die Ausgleichungspflicht besteht nach Art. 626, 1 nur für die Erben. Nur Personen, die ein subjektives Erbrecht, die Erbenqualität haben, können daher zur Ausgleichung angehalten werden. Da somit nur die vom Gesetz zur Erbschaft berufenen Personen ausgleichungspflichtig werden können, unterstehen diejenigen Personen, die als präsumptive Erben vom Erblasser eine Zuwendung auf Anrechnung erhalten haben, dann nicht der Ausgleichung, wenn ihre erbrechtliche Anwartschaft beseitigt wurde; so im Falle des Erbverzichtes (Art. 594) und der Erbunwürdigkeit (Art. 540). Aus dem gleichen Grunde können Vermächtnisnehmer nicht ausgleichungspflichtig werden; daher ist auch der gesetzliche Erbe, der mit einem Vorausvermächtnis bedacht ist, für den Fall, dass er die Erbschaft ausschlägt, aber das Vermächtnis annimmt, nicht verpflichtet, die empfangene Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen. Ebenso sind diejenigen Erben, die die Erbschaft ausschlagen (Art. 566), nicht verpflichtet, das, was sie hätten ausgleichen müssen, falls sie die Erbschaft nicht ausgeschlagen hätten, zur Ausgleichung zu bringen [2]). Voraussetzung der Ausgleichungspflicht ist somit die Annahme

[1]) So Escher S 340. — Rehfous-Martin S. 197.
[2]) Rossel-Mentha S. 703.

der Erbschaft seitens des vorempfangenden Erben. Diese Regelung stimmt mit derjenigen der kantonalen Rechte, wie auch mit dem B.G.B., völlig überein und bedeutet für Dritte keine Ungerechtigkeit. Die gesetzlichen Erben finden in den Bestimmungen über den Pflichtteil, die Erbschaftsgläubiger in Art. 579 hinreichenden Schutz[1]). Gleichgültig bleibt, auf welche Art die Annahme der Erbschaft erfolgt sei, ob sie vorbehaltlos — ausdrücklich oder stillschweigend — oder ob die Annahme unter Vorbehalt erfolgt sei. Die Ausgleichungspflicht besteht somit auch für den Fall, dass der Erbe die Erbschaft unter öffentlichem Inventar angenommen hat. Es erhebt sich jedoch die Frage, ob eine Ausgleichungspflicht auch besteht, wenn die Erbschaft amtlich liquidiert wird, d. h., wenn der Erbe die Erbschaft weder angenommen noch ausgeschlagen, sondern die Liquidation verlangt hat, oder wenn die Erbschaft auf Verlangen Dritter amtlich liquidiert wurde. Die Schwierigkeit dieser, sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetz ergebenden Lösung ist nicht zu verkennen. Rossel-Mentha bememerkt zu der Frage[2]): „comme ces heritiers n'on point perdu leur qualité, comme ils conservent par surcroît leur droit à un exédent actif éventuel, nous inclinerons à les ranger parmi ceux qui doivent le rapport". Die Widerlegung ergibt sich schon daraus, dass, wenn beispielsweise Liquidation eintritt, infolge Ausschlagung aller gesetzlichen Erben (Art. 573, vgl. jedoch auch Art. 574 und 575), durch den Eintritt der Ausgleichungspflicht das oben erörterte Prinzip, dass der ausschlagende Erbe nicht zur Ausgleichung verpflichtet ist, durchbrochen würde. Wie Rossel-Mentha, ist auch Escher[3]) für das Bestehen der Ausgleichung im Falle der amtlichen Liquidation. „Da eine Ausschliessung der Ausgleichungspflicht dem Miterben eines Ausgleichungspflichtigen verunmöglichen würde, sich der Liquidation zu bedienen,

[1]) Hitzig S. 44.
[2]) S. 703.
[3]) S. 340.

weil ihm das Recht auf Ausgleichung verloren ginge". Ist aber das Liquidationsbegehren eine Modalität derAnnahme? gung? Wir möchten dies bestreiten. Liquidiert wird die Erbschaft auf Verlangen eines oder mehrerer Erben nur, wenn kein anderer Erbe die Annahme — mit oder ohne Vorbehalt — erklärt (Art. 593). Wenn auch das Liquidationsbegehren der Ausschlagung insofern nicht gleichkommt, als den Verlangenden ein Anspruch auf einen eventl. Ueberschuss erhalten bleibt, so ist die Liquidation in Berücksichtigung des Umstandes, dass der gestellte Antrag wirkungslos bleibt, wenn ein Erbe die Annahme erklärt, eine Modalität der Ausschlagung [1]). Die die Liquidation verlangenden Erben sind somit den Ausschlagenden gleichzustellen, und kommt ihnen eine Ausgleichungsberechtigung nicht zu, m. a. W., wenn die Liquidation infolge Ausschlagung aller gesetzlichen Erben oder auf deren Verlangen eintritt, entfällt die Ausgleichungspflicht [2]). Diese Entscheidung entspricht sowohl dem Wesen der Ausgleichung, als sie auch im Sinne der vom Gesetz gewollten Anwendung der Liquidation ist. Es bedeutet die Nichtausgleichung keine Ungerechtigheit, wenn die Erben Liquidation verlangen, da sie befürchten, die Erbschaft sei insolvent [3]); andrerseits bildet sie einen wirksamen Schutz gegen pietälose Nichtannahme, wie sie so oft als Folge der weit verbreiteten Anschauung, in der Erbschaft nur Geld und Geldeswert zu sehen, zutage tritt [4]).

---

[1]) So Mantel S. 45.

[2]) Zu dem gleichen Resultat muss auch die Ansicht von Tuor führen (S. 16), der Anspruch des Erben auf einem eventl. Ueberschuss bei der amtlichen Liquidation komme diesem nur als Singularsuccesor zu.

[3]) Hat das Liquidationsbegehren ausnahmsweise einen andern Grund, wird bspw. Liquidation verlangt, weil die Erben weit auseinander wohnen, können sie sich vorher darüber einigen, dass Ausgleichung stattfinden soll.

[4]) Vgl. Hitzig S. 60 u. Escher S. 251.

Anders ist zu entscheiden und würde die Ausschliessung der Ausgleichung eine Ungerechtigkeit bedeuten, wenn die Erben sich der Liquidation trotz erfolgter Annahme unterziehen müssen. So nach Art. 594 auf Begehren der Gläubiger des Erblassers und nach Art. 578 auf Veranlassung der Erbengläubiger. Grosse Bedeutung kommt der Entscheidung der Frage in ersterem Falle nicht zu, da es bei den Erben steht, die Liquidation zu verhüten, durch Befriedigung resp. Sicherstellung der Forderung. Erfolgt jedoch auf Begehren der Erbengläubiger amtliche Liquidation — wobei sie als Ersatz des beneficium separationis funktioniert[1]) — muss die Ausgleichungspflicht unter den beteiligten Erben bestehen bleiben, da eine Nichtausgleichung höchst ungerechtfertigt wäre, wenn es im Belieben eines Dritten stünde, dem Berechtigten den Ausgleichungsanspruch zu entziehen.

Wir kommen damit zum Resultat, dass Ausgleichung, für den Fall der amtlichen Liquidation, nur stattfindet, wenn diese durch Massnahme Dritter, d. h. durch die Nachlass- und Erbengläubiger hervorgerufen wird.

§ 6.

Im älteren Recht war Streitfrage, ob die Bestimmungen über Anrechnung der empfangenen Zuwendung nur für den Fall der Intestaterbfolge Platz greifen, oder ob sie sich auch auf die testamentarische Erbfolge beziehen[2]). Die herrschende gemeinrechtliche Lehre entschied sich dahin, diesbezüglich keinen Unterschied zu machen, soweit der Erblasser die Ausgleichung nicht ausgeschlossen hatte bei der testamentarischen Erbfolge. Anders ist dies im modernen Recht geworden. Das B.G.B. (§ 2050/1) lässt eine Ausgleichungs-

[1]) Escher S. 256.
[2]) Leist S. 478 ff. — Unger § 45. — Dunkhase S. 280 ff.

verbindlichkeit im Prinzip nur bei der gesetzlichen Erbfolge eintreten. Ausnahmsweise findet nach § 2052 im Zweifel eine Ausgleichung bei der testamentarischen Erbfolge statt, wenn der Erblasser die ausgleichungspflichtigen Erben auf ihren gesetzlichen Erbteil eingesetzt hat, oder ihre Erbteile so bestimmt hat, dass sie zueinander in demselben Verhältnis stehen, wie die gesetzlichen Erbteile [1]).

Während das B.G.B. ausdrücklich sagt: „Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen", drückt sich das Z.G.B. nicht so entschieden aus, indem es sagt: „Die gesetzlichen Erben sind . . ." Immerhin dürfte dies so aufzufassen sein, dass für die gesetzlichen Erben von Gesetzes wegen eine Manifestations- und Anrechungspflicht nur bestehen soll, wenn sie als solche, d. h. als Erben zur gesetzlichen Erbfolge gelangen [2]). Im Prinzip würden wir die Ausgleichung nur bei der Intestaterbfolge Platz greifen lassen. In diesem Sinne auch das Referat des Berichterstatters im Ständerat [3]) [4]).

Nehmen wir jedoch an, das Gesetz habe die erörterte Frage offen gelassen [5]), da es nicht von der Art der Erbfolge spricht, so muss uns die Erwägung, dass die Anwendung der Ausgleichungsbestimmungen für den Fall der auf letztwilliger Verfügung beruhenden Erbfolge dem Willen des Erblassers widersprechende Wirkungen haben kann, zum gleichen Resultat führen. — Je nachdem wir annehmen, der Erblasser habe durch die Einsetzung materiell vollständig verfügen wollen und somit eine Ergänzung durch die gesetz-

---

[1]) Ueber die ratio legis vgl. Anz S. 6.

[2]) Im gleichen Sinne entscheidet sich auch Amsler S. 165 für das aargauische Recht, das eine dem Art. 626 Abs. 1 Z.G.B. konforme Bestimmung hatte.

[3]) Sten. Bullletin S. 502: „Die gesetzlichen Vorschriften über die Intestaterbfolge . . . ."

[4]) Natürlich kann die prinzipielle Nichtanwendung nur soweit zutreffen, als der Erblasser nicht das Gegenteil angeordnet hat, denn die gesetzlichen Bestimmungen über die Ausgleichung sind dispositiver Natur.

[5]) So Wolfer S. 35.

lichen Bestimmungen nicht gewollt, oder aber, er habe durch die Erbeinsetzung die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen nicht ausschliessen wollen, ist die prinzipielle Anwendung der Ausgleichungsbestimmungen gegen resp. gemäss dem Willen des Erblassers. Hat z. B. der Erblasser seinen Kindern Zuwendungen, die von Gesetzes wegen präsumptiv auszugleichen sind, gegeben, und macht nachträglich ein Testament, in dem er seine Kinder zu ungleichen Teilen einsetzt, in der Annahme, damit die Grösse der Teile in Berücksichtigung der gegebenen Zuwendung, endgültig festzulegen, so führt eine beim Erbgang stattfindende Ausgleichung wider den Willen des Erblassers zur Benachteiligung der Zuwendungsempfänger [1]). Das Gleiche gilt auch für Zuwendungen, für die das Gesetz keine Vermutung des erblasserischen Anrechnungswillens aufstellt, wenn z. B. der Erblasser den einen präsumptiven Erben Zuwendungen auf Anrechnung gibt, spätere Zuwendungen an andere Erben jedoch nicht auf Anrechnung macht, da er sich entschlossen hat, die Ungleichheit durch Verfügung von Todes wegen zu beheben. Unter den zur Manifestation angehaltenen Erben entsteht dann wider den Willen des Gebers eine Ungleichheit. Diese Erwägung, dass oft die gesetzlichen Bestimmungen nicht dem erblasserischen Willen entsprechende, sondern widersprechende Wirkung zeitigt, muss uns dazu führen, eine Ausgleichung bei der gewillkürten Erbfolge auszuschliessen.

Man könnte dem entgegenhalten, dass nicht vergessen werden dürfe, dass die Aufstellung der dispositiven Rechtsnormen, die den mutmasslichen Willen der Parteien feststellen sollen, die Gefahr immer mit sich bringt, dem wirklichen Willen der Parteien entgegenzulaufen [2]). Doch erscheint uns

[1]) Vgl. Bähr: Archiv f. bürgl. Recht III S. 224. Er führt aus, dass der Erblasser nach testamentarischer Willensniederlegung, sich schwer entschliesst, in Ansehung einer später gemachten Zuwendung, ein neues Testament zu machen.
Ebenso Binder S. 152.

[2]) Vgl. Gautschi S. 352 über die Zweckgedanken des dispositiven Rechts. — Ferner Rosenberg S. 98.

hier als zweckmässiger, das erblasserische Schweigen dahin auszulegen, er habe die gegebenen Zuwendungen schon berücksichtigt und somit keine Ausgleichung gewollt, denn die Wahrscheinlichkeit, dass der Erblasser durch die Erbeinsetzung (ausdrückliche Fixierung der Erbanteile), eine diesbezügliche Ergänzung nicht wolle, sondern nur das gewollt habe, was er verfügt habe, ist eine viel grössere als diejenige der entgegengesetzten Ansicht. — Letztere, die Annahme einer Ergänzung der letztwilligen Verfügung durch die gesetzlichen Bestimmungen der Ausgleichung sei nicht wider den erblasserischen Willen, hat dann viel für sich und rechtfertigt sich eine Ausgleichung [1]), wenn der in der letztwilligen Verfügung geäusserte erblasserische Wille mit dem des Gesetzes übereinstimmt, d. h. der Erblasser bei der Erbeinsetzung das Verhältnis eingehalten hat, wie es bei der gesetzlichen Erbfolge sowieso gegolten hätte [2]). Entsprechend der vorbildlichen Bestimmung des § 2052 B.G.B. wird die schweizerische Rechtsprechung nicht anstehen, in diesem Sinne zu entscheiden und in diesen Fällen eine Ausgleichungsverpflichtung, auch bei der auf letztwilliger Verfügung beruhenden Erbfolge, eintreten zu lassen. Ob diese Auslegung auch Platz greift, wenn der Erblasser zwar die Erben zu gleichen Teilen eingesetzt, aber einen oder mehrere mit Vorausvermächtnissen bedacht hat, ist sehr fraglich [3]). Wenn auch formell das Verhältnis der Erbteile nicht geändert wird, so darf doch nicht ausser Acht gelassen werden, dass sehr oft der Erblasser durch die Verfügung eines Vorausvermächtnisses einen Ausgleich für die zu Lebzeiten an andere Erben gegebenen Zuwendungen schaffen will. Eine in diesem Falle eintretende

---

[1]) So Gierke S. 565.

[2]) Binder S. 152: Unzählige Testamente werden gemacht, in welchen die Erblasser die Kinder zu Erben einsetzen, ohne dass sie damit die Regeln der gesetzlichen Erbfolge im geringsten ändern wollen.
— Dazu vgl. die Beispiele von Mommsen S. 330.

[3]) Bejahend Escher S. 344.

Ausgleichungspflicht würde weder gemäss dem Willen des Gebers der Zuwendung sein, noch zur Gleichstellung der Erben beitragen.

Zusammenfassend kommen wir damit zu dem Resultat, dass die gesetzlichen Erben für den Fall, dass sie durch letztwillige Verfügung als Erben eingesetzt sind, ausnahmsweise dann ausgleichungspflichtig sind, wenn der Erblasser die Verfügung lediglich zur Bestätigung der gesetzlichen Erben gemacht hat. Notwendig ist nicht, dass die Erben gleich viel erhalten, wie sie bei der gesetzlichen Erbfolge erhalten hätten, wenn nur das Verhältnis der Erbteile gewahrt bleibt. Nötig ist jedoch, dass letzteres für alle Erben, nicht nur für einen Teil[1]) zutrifft; sowie, dass Vorausvermächtnisse an die gesetzlichen Erben nicht vorliegen.

§ 7.

Welches sind nun die in Betracht fallenden ausgleichungspflichtigen Personen im einzelnen? Gesetzliche Erben sind nach Z.G.B.:

1. Die Blutsverwandten (Art. 457—461).

Doch ist die gesetzliche Erbfolge der Blutsverwandten und somit auch die Ausgleichungspflicht auf die Nachkommen des Erblassers, den Stamm der Eltern und der Grosseltern beschränkt. Die Urgrosseltern, Grossoheime und Grosstanten berücksichtigt das Gesetz noch, indem diesen ein Nutzniessungsrecht zukommt, doch sind sie nicht ausgleichungspflichtig, weil sie nicht die rechtliche Stellung von Erben, sondern von gesetzlichen Vermächtnissnehmern einnehmen.

Da die Ausgleichungspflicht parallel zur Erbfähigkeit eintritt, sind uneheliche Kinder nur mütterlicherseits ausgleichungspflichtig (Art. 302, 461). Sie können aber auch

[1]) Anderer Meinung: Standinger V. Bd. S. 321 Note 3.

insoweit, als sie in der väterlichen Verwandtschaft erbberechtigt sind, d. h. dem Vater mit Standesfolge zugesprochen wurden und gleiche Behandlung erfahren wie eheliche Nachkommen, ausgleichungspflichtig werden. So bei Ehelicherklärung durch nachfolgende Ehe (Art. 258), Anerkennung (Art. 323 ff.), Richterspruch (Art. 323 ff). Auch Kinder aus ungültiger Ehe (Art. 133) sind ausgleichungspflichtig.

2. Der überlebende Ehegatte.

Nur diejenigen Personen, die Erben sind, d. h. als Universalsuccessoren auf Vermögenswerte des Nachlasses Anspruch haben, sind ausgleichungspflichtig. Daher ist der überlebende Ehegatte nur soweit ausgleichungspflichtig, als er erbrechtliche Stellung geniesst. Erbrechtliche Stellung hat er insofern nicht, als ihm Nutzniessung zukommt., denn wie Escher[1]) sagt, fällt das Nutzniessungsrecht unter die Rechtsfigur des gesetzlichen Vermächtnisses. Auch Tuor[2]) räumt dem Ehegatten nicht erbrechtliche Stellung ein, doch ist er der Ansicht, dass auf den Ehegatten, trotzdem er Nutznieser, d. h. Singularsuccessor ist, die Bestimmungen, die das Gesetz für den Erben im eigentlichen Sinne anordnet, dass insbesondere die Grundsätze über die Erbteilung auch auf die Teilung zwischen Nutzniesser und Erbe, analoge Anwendung finden müssen. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden, denn wenn nach Z.G.B. der Ehegatte als Nutzniesser nicht erbrechtliche Stellung hat, können die für die Erben geltenden Bestimmungen nicht, resp. nur dann Anwendung finden, wenn das Gesetz eine Ausnahme statuiert hat.

Daraus folgt, dass der überlebende Ehegatte, wenn er neben Nachkommen des Erblassers (Art. 462 Absatz 1) zur Erbschaft berufen wird, nicht ausgleichungspflichtig ist, wenn er Nutzniessung wählt. — Erbt der Ehegatte neben anderen gesetzlichen Erben als Nachkommen, so tritt die

[1]) Escher S. 16.
[2]) Tuor S. 63 und 74.

Nutzniessung nicht an Stelle des Erbanteils, vielmehr ist die Erbquote kombiniert mit einem Nutzniessungsrecht und muss daher der Ehegatte, wenn er die Erbschaft annimmt, in voller Höhe des ausgleichungspflichtigen Betrages ausgleichen. In analoger Anwendung der für den Vorausvermächtnissnehmer zugeschnittenen Bestimmung, hat u. E. der Ehegatte nach dem oben Gesagten das Recht, die Annahme auf die Nutzniessung zu beschränken und ist insoweit nicht ausgleichungspflichtig. Praktisch wird sich die Sache so gestalten, dass der neben anderen gesetzlichen Erben als Nachkommen erbende Ehegatte ausgleichen wird, wenn der Wert der ausgleichungspflichtigen Zuwendung kleiner ist, als der ihm aus der Erbschaft als Eigentum zukommende Betrag.

3. Das Adoptivkind.

Soweit nicht im Adoptionsvertrag (Art. 268 Abs. 3) Abänderungen getroffen wurden, ist das Adoptivkind, weil erbberechtigt, zur Ausgleichung verpflichtet.

4. Das Gemeinwesen.

Ist das Gemeinwesen, dem das Z.G.B. ein gesetzliches Erbrecht einräumt, und das somit die gleiche Stellung hat wie die anderen gesetzlichen Erben, auch ausgleichungspflichtig? Curti verneint dies, da die Ausgleichung nur unter mehreren gesetzlichen Erben stattfinden könne. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. U.E. ist diese Frage nicht ohne weiteres zu verneinen, denn, wenn auch das Bestehen eines Ausgleichungswillens höchst selten vorkommen wird, so kann eine Ausgleichungspflicht dann bestehen, wenn mehrere Gemeinden, z. B. Heimat- und Wohnsitzgemeinde, durch das Einführungsgesetz des betreffenden Kantons als erbberechtigt erklärt sind. Diese Gemeinden, deren Anspruch als Univeralsuccessoren rein privatrechtlicher Natur ist, bilden dann eine Erbengemeinschaft, für welche die Bestimmungen über die

Teilung anwendbar sind [1]), soweit nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme statuiert, oder soweit es sich nicht um erbrechtliche Bestimmungen handelt, die unmöglich auf das Gemeinwesen Anwendung finden können. Ersteres ist nicht der Fall, bezüglich letzterem ist nicht einzusehen, warum der Erblasser (wenn er beispielsweise keine Familienangehörigen hat), nicht eine Gleichstellung der in Frage kommenden Gemeinwesen und somit eine Ausgleichung wollen kann. Kraft gesetzlicher Vorschrift können somit die Gemeinwesen, trotzdem die Ausgleichung in der familienrechtlichen Gemeinschaft wurzelt, wenn der Erblasser Anrechnung gewollt hat, Subjekte der Ausgleichungspflicht werden.

§ 8.

Es erhebt sich die Frage, ob die Ausgleichungspflicht untergeht, wenn eine ausgleichungspflichtige Person stirbt, ausschlägt, enterbt wird oder erbunwürdig befunden wurde.

Begrifflich setzt zwar das Entstehen der Ausgleichungspflicht voraus, dass die Ausgleichungspflichtigen vom Erblasser eine Zuwendung empfangen haben (Art. 626/1), doch mit Rücksicht auf gewisse Verhältnisse durchbricht das Gesetz dieses Prinzip und unterwirft ausnahmsweise der Ausgleichungspflicht eine Reihe von Personen, die vom Erblasser selbst keine Zuwendung erhalten haben. In denjenigen Fällen nämlich, wo eine ausgleichungspflichtige Person wegfällt, sollen die an Stelle tretenden Erben, und somit auch die Nachkommen — letzteres ist der Hauptanwendungsfall — die Verpflichtung des Wegfallenden übernehmen (Art. 627).

1. Art. 627 Abs. 1 bestimmt: Fällt ein Erbe vor oder nach dem Erbgang weg, so geht seine Ausgleichungs-

---

[1]) Vgl. Schweizerische Juristenzeitung Heft 9, 1. Nov. 1913.
[1]) Tuor S. 90.

pflicht auf die Erben über, die an seine Stelle treten. Diese Bestimmung hat somit Wirkung, sowohl dann, wenn an Stelle eines ausgleichungspflichtigen Erben eine Person tritt, die dadurch Erbe geworden ist, als auch, wenn durch den Wegfall des Ausgleichungspflichtigen der Erbteil der an Stelle tretenden Personen eine Vergrösserung erfährt.

Der Grund des Wegfallens ist irrelevant. Ebenso spielt keine Rolle die Frage nach dem juristischen Vorgang des Wegfallens, d. h. es ist gleichgültig, ob der Erblasser vor dem Wegfall des ausgleichungspflichtigen Erben schon beerbt war oder nicht[1]). Voraussetzung des Art 627 ist, dass die an Stelle eines Wegfallenden tretenden Personen Erben des Erblassers sind. In der Regel werden sie zugleich Erben des Wegfallenden sein, doch ist dies nicht notwendige Voraussetzung[2]).

Die Motive, die den Gesetzgeber zu einer so einschneidenden Regelung veranlasst haben, liegen in der Erwägung, dass der Erblasser gleiche Behandlung aller Stämme gewollt habe, es daher billig sei, dass die Ausgleichungspflicht nicht zu Ungunsten der Berechtigten, ohne deren Verschulden durch rein zufällige oder gewillkürte Verhältnisse, die den Wegfall des Pflichtigen herbeigeführt haben, aufgehoben werde.

Die Tragweite des Art. 627/1 ist jedoch eine viel grössere, als wie Wolfer annimmt, denn er erfasst alle Erben des Erblassers, die an Stelle von wegfallenden gesetzlichen Erben treten und nicht nur die Erben, die an Stelle der Nachkommen treten[3]).

Ein Beispiel möge zur Erläuterung des Gesagten beitragen: Beim Tode des Zuwendungsgebers kommen zur Erbschaft sein Bruder und ein Enkel eines verstorbenen Bruders

---

[1]) Vgl. dazu Binder Anm. 105 und für das Z.G.B. die analogen Ausführungen von Wolfer.

[2]) Escher S. 345.

[3]) Wolfer erachtet nur die Nachkommen, als nach Art. 626 ausgleichungspflichtig.

(sein Grossneffe). Einem verstorbenen Onkel dieses Grossneffen war eine Zuwendung von 2000 gemacht worden. Die beiden Erben teilen sich nun nicht in den Nachlass von 8000, vielmehr erhält der Bruder des Erblassers 5000, der Grossneffe nur 3000, da er für die 2000, die sein Onkel erhalten hat, nach Art. 627 ausgleichungspflichtig ist. Wären mehrere Ausgleichungspflichtige vorhanden, z. B. zwei Grossneffen, die neben dem Bruder des Erblassers zur Erbschaft gelangen, so müssten sie die Ausgleichungspflicht ihres Onkels im Verhältnis ihrer Erbanteile tragen.

Wie schon erwähnt, trifft der Art. 627/1 auch den Fall, wo von mehreren gesetzlichen Erben einer ausschlägt und sein Anteil seinen Miterben anwächst, deren Erbteil sich um den Betrag des freigewordenen Anteils vergrössert (Accrescenz [1]). Nicht getroffen von der Ausgleichungspflicht des Art. 627/1 wird jedoch der überlebende Ehegatte. Da dieser Anspruch auf eine feste, bei Vorhandensein Angehöriger einer Parantel sich gleichbleibende Erbquote hat, kommt ihm das Anwachsungsrecht nicht zu, somit aber auch nicht eine Ausgleichungspflicht [2]).

Escher wirft die Frage auf, ob Art. 627 Abs. 1 auch für den Fall der Ersatzverfügung (Art. 487) anwendbar sei. Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung für den event. Fall, dass der in erster Linie ernannte Erbe nicht Erbe wird, jemand an dessen Stelle als Erben einsetzen. Uebernimmt nun dieser an Stelle des wegfallenden gesetzlichen Erben tretende Erbe mit dem Erbrecht auch die Ausgleichungspflicht des Wegfallenden und rechtfertigt sich eine solche Anordnung? Das B.G.B. hat auch diesen Fall vorgesehen und in Art. 2051 bestimmt, dass im „Zweifel" anzunehmen sei, dass der Ersatzerbe nicht mehr erhalten solle, als der wegfallende Ausgleichungspflichtige. Wenn auch

---

[1]) Für die begriffliche Unterscheidung von Erhöhung und Anwachsung vgl. Strohal, Bd. II. S. 35 Anm. 2.

[2]) Escher S. 214. Strohal, Bd. II. S. 35 Anm. 10.

das Z.G.B. die Ausgleichungspflicht des Ersatzerben nicht ausdrücklich statuiert, so steht — wie Escher sagt — ihr doch der Wortlaut des Art. 627/1 nicht entgegen, da er nicht verlangt, dass der an Stelle des Ausgleichungspflichtigen tretende Erbe ein gesetzlicher Erbe sei. Andererseits liegt es wohl in der Absicht des Erblassers, nur die wirkliche Portion des Wegfallenden weiterzugeben. Es muss daher der Ersatzerbe die Ausgleichungspflicht des vor ihm zur Erbschaft berufenen Erben übernehmen[1]).

2. In Art. 627 Abs. 2 finden die Bestimmungen der „Ausgleichungspflicht ohne eigenen Empfang", hinsichtlich der Nachkommen, ihren Hauptanwendungsfall. Damit hat das Z.G.B. die im gemeinen Recht aufgeworfene Frage, ob ein Enkel die seinem Parens gemachte Zuwendung ausgleichen müsse, vorbehaltlos bejaht.

Im Uebrigen gilt auch das für Abs. 1 Gesagte. Auch hier liegt die ratio legis in der Annahme, der Erblasser habe im Interesse der Miterben nicht einen Stamm vor dem anderen bevorzugen wollen; insbesondere leitet sich die Ausgleichungspflicht nicht vom Repräsentationsprinzip ab, wie im französischen Recht[2]), da die Erben aus eigenem Recht erben und ihr Erbrecht nicht affiziert wird von den individuellen Mängeln und Eigenschaften, welche der Succession der Vorfahren anhaften würden.

Die Ausgleichungspflicht soll nach Abs. 2 auch dann bestehen, wenn die Zuwendung nicht auf die an Stelle eines Erben tretenden Nachkommen übergegangen ist. Dies rechtfertigt sich in der legislativen Erwägung, dass die Ausgleichungspflicht vor zufälliger oder böswilliger Vereitlung

---

[1]) Eine Ausgleichungspflicht des Erbschaftskäufers kennt das Z.G.B. im Gegensatz zum B.G.B. nicht, da der Erbschaftskäufer nicht erbrechtliche Stellung hat. — Vgl. unten S. 38.

[2]) C. c. fr. § 848: Der Sohn muss nur, wenn er als Vertreter des Vaters zur Erbschaft gelangt, die diesem gemachte Zuwendung ausgleichen.
Vgl. auch Planck-Ritgen Anm. 1 zu § 2051.

sichergestellt werden muss, da es sonst der Vater in der Hand hätte, seinen Kindern die erhaltene Zuwendung zu sichern, indem er die Erbschaft ausschlägt. Dies war schon die Meinung der meisten kantonalen Gesetzgebungen, wenn sie auch in ihren Bestimmungen nicht ausdrücklich darauf hingewiesen hatten. So sagt ein Urteil des aargauischen Obergerichtes [1]): Eine verständige Interpretation des § 988 A.b.G. muss, wenn sie den Grundsatz der Gleichstellung im Auge behält, die Ausgleichungspflicht als bestehend annehmen, gleichgültig, ob das zu konferierende Vermögen auf den Sohn übergegangen ist, denn § 988 A.b.G. disponiert kategorisch und lässt keine Ausnahme zu.

3. Damit kommen wir wieder auf Abs. 1 zurück und fragen uns: Besteht eine Ausgleichungspflicht somit nicht für die an Stelle von Ausgleichungspflichtigen tretenden Erben, die nicht Nachkommen des Wegfallenden sind, wenn die Zuwendung nicht auf sie übergegangen ist? — Abs. 1 statuiert, wie die oben erwähnten kantonalen Vorschriften, eine kategorische Ausgleichung. Wir müssten somit die Ausgleichungspflicht als für besteheud erachten für die in Frage kommenden Personen, auch wenn die Zuwendung nicht übergegangen ist, so uns nicht die Vergleichung des Abs. 1 mit Abs. 2 zu einer anderen Auffassung führen müsste. Mit Recht sagt Wolfer, dass Abs. 2, wenn man, im Falle des Abs. 1, die an Stelle von Wegfallenden tretenden Personen als absolut ausgleichungspflichtig erklären würde, gar keinen Sinn hätte. Abs. 2 würde bloss für einen speziellen Fall wiederholen, was Abs. 1 sagt. Wenn also Abs. 2 in den Schlussworten anführt „auch dann", geht offenbar die Meinung des Gesetzgebers dahin, eine Unterscheidung zu machen. Dann nämlich, wenn die Zuwendung nicht übergegangen ist, sollen die nach Abs. 1 ausgleichungspflichtigen Personen, d. h. die an Stelle von Ausgleichungspflichtigen tretenden Erben, die

[1]) A.b.G. § 988: Enkel oder entferntere Nachkommen müssen sich auch das, was ihre Eltern erhalten haben, anrechnen lassen.

nicht Nachkommen des Wegfallenden sind, von der Ausgleichung befreit sein [1]). Wir können daher nur Rossel-Mentha beistimmen, wenn er sagt: „Nous ne voyons pas q'on puisse donner une autre explication satisfaisante de ces deux textes, qui s'interprêtent l'un par l'autre“ [2]).

Trotzdem wollen Escher [3]) und Curti [4]) einen dem Gesetzestext widersprechenden Schluss ziehen und die nach Art. 627/1 ausgleichungspflichtigen Personen auch dann ausgleichungspflichtig machen, wenn ihnen die Zuwendung nicht zugekommen ist. Escher führt zur Begründung an: „Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zeigt, dass Abs. 2 ursprünglich allein vorhanden war und dass Abs. 1 erst in der Expertenkommission beigefügt wurde, und zwar wohl nicht, behufs Hervorhebung des von den genannten Autoren angeführten Unterschiedes, sondern um deutlich zu betonen, dass die Ausgleichungspflicht auch anderen Erben obliege, als Nachkommen, sobald sie an Stelle des Pflichtigen treten“. Diese Begründung ist unseres Erachtens nicht stichhaltig. Wenn auch richtig ist, dass Abs. 2 ursprünglich allein vorhanden war [5]) und erst später Abs. 1, und zwar nicht behufs Hervorhebung des fraglichen Unterschiedes, sondern um einen neuen Kreis von Personen der Ausgleichungspflicht zu unterstellen, in das Gesetz aufgenommen wurde, so beweist dies doch nicht die Richtigkeit der Ansicht Eschers, da sie nicht ausschliesst, dass in Folge der Neuerung sich die Geltendmachung des fraglichen Unterschiedes nötig machte. Letzteres dürfte der Fall gewesen sein, denn der Gesetzgeber wollte eine solche Ungerechtigkeit, wie sie die absolute Ausgleichungspflicht, d. h. die Ausgleichungspflicht wie sie

---

[1]) Wolfer S. 52; ebenso Rehfous-Martin S. 199.
[2]) S. 707.
[3]) S. 345.
[4]) S. 508.
[5]) Vorentwurf von 1900 Art. 634, der, wenn auch nicht tatsächlich, so doch im Prinzip mit Art. 627 Abs. 2 übereinstimmt.

Escher und Curti annehmen, in konkreten Fällen mit sich bringen würde, zweifellos vorbeugen. Wenn auch die Ungerechtigkeit dieser absoluten Ausgleichungspflicht nicht so sehr zu Tage tritt, so lange der angefallene Betrag grösser ist als der auszugleichende, da der Ausgleichungspflichtige immer noch begünstigt ist durch den Wegfall, so ist sie doch eine recht augenscheinliche, wenn der auszugleichende Betrag den angewachsenen Betrag übersteigt, da der Erbe durch die Anwachsung eine Benachteiligung erfahren hat[1]). Erst dann ist die Ausgleichungspflicht eine billige, wenn er die Zuwendung bekommen hat. Was daher für die Nachkommen der Verpflichteten in Berücksichtigung der auf Seite 32 angeführten Gründe nötig war[2]), konnte der Gesetzgeber nicht auch für die anderen gesetzlichen Erben anwenden[3]) und deshalb erwies sich die Notwendigkeit des fraglichen Unterschiedes. Damit ist die Ansicht Eschers unhaltbar geworden.

Uebrigens ergibt sich mit Deutlichkeit die Richtigkeit unserer Ansicht auch daraus, dass sie übereinstimmend ist mit der Auslegung, wie sie die gesetzgebenden Behörden dem Art. 627 geben wollten, denn in den parlamentarischen Beratungen wurde betont, dass die Ausgleichungspflichten des Abs. 1 und 2 verschieden seien. So im Ständerat[4]): „Wenn es sich um einen Nachkommen eines ausgleichungspflichtigen Erben handelt, so geht die Einwerfungspflicht

---

[1]) Auch die Aufnahme einer dem B.G.B. § 2095 konformen Bestimmung (Der durch Anwachsung einem Erben anfallende Erbteil gilt in Ansehung . . . . der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil) hätte in Ansehung des Art. 629 Z.G.B. dem Erben keinen Schutz geboten.

[2]) Es könnte dies auch für die Erben des Wegfallenden, die nicht Nachkommen sind, zutreffen; doch ist die Wahrscheinlichkeit gegenüber den letzteren, da dieselben in der Regel den Vater beerben, eine so geringe, dass sie füglich unberücksichtigt werden kann.

[3]) Protokolle der Expertenkommission S. 707.

[4]) Sten. Bull. Juni 1906 S. 502 Anm. 3.

unbedingt auf sie über, also auch dann, wenn sie einen Vorempfang nicht erhalten haben; wenn es sich um andere Erben als um Nachkommen handelt, so sind sie nur dann ausgleichungspflichtig, wenn sie die Zuwendung effektiv erhalten haben[1])".

§ 9.

Der Verpflichtung der oben genannten ausgleichungspflichtigen Person steht die Ausgleichungsberechtigung der Miterben gegenüber[2]). Entsprechend der Ausdehnung der Ausgleichungspflicht auf alle gesetzlichen Erben besteht auch für diesen Kreis der Erben eine Berechtigung, Ausgleichung zu verlangen. Wenn Wolfer annimmt[3]), der Kreis der Ausgleichungsberechtigen sei grösser als derjenige der Verpflichteten, tut er dies in Uebereinstimmung mit dem Resultat, das er bezüglich des Kreises der Pflichtigen erzielt hat. Das Z.G.B. kann ein derartiger Vorwurf — denn eine derartige Behandlung der Ausgleichungspflichtigen wäre inkonsequent und liesse sich nicht motivieren — nicht treffen. Nach Art. 626 Abs. 1 steht dem Kreis der Ausgleichungspflichtigen der gleichweite Kreis der gesetzlichen Erben, als Berechtigte gegenüber.

Ein Ausgleichungsanspruch wird immer dann vorhanden sein, wenn mindestens zwei gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen. Schlägt der, bezw. alle Berechtigten die Erbschaft aus, so geht die Ausgleichungsberechtigung unter.

Während im vorigen § erörtert wurde, dass das Z.G.B. den Uebergang der Ausgleichungspflicht als Grundsatz aufstellt, gilt dies nicht für die Ausgleichungsberechtigung. Das

---

[1]) So auch Huber im Ständerat S. 380.

[2]) Nicht zu verwechseln mit dieser Ausgleichungsberechtigung ist das oben in § 2 erwähnte Vorausbezugsrecht des Art. 631/2 resp. das Recht des Art. 633, eine billige Ausgleichung beanspruchen zu können. Vgl. dazu auch das in § 16 Gesagte.

[3]) S. 53.

Gesetz spricht sich nicht darüber aus, ob ein an die Stelle eines Berechtigten tretender Erbe auch ausgleichungsberechtigt wird. U. E. gibt es keinen Eintritt in die Ausgleichungsberechtigung, es sei denn, der Erblasser hätte etwas anderes angeordnet. Wenn also ein an Stelle eines Berechtigten tretender Erbe nicht schon in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Erbe das Recht hat, Ausgleichung zu verlangen, kann er dies nicht durch den Eintritt erwerben [1]).

Nötig ist immer Erbenqualität. Nur ein Erbe, somit nicht ein Gläubiger oder Vermächtnisnehmer, kann ausgleichungsberechtigt sein. Es wurde dies verschiedentlich betont, so beispielsweise in der Botschaft des Bundesrates: Eine Einwerfungspflicht der Erben besteht nur untereinander, nicht etwa zu Gunsten der Vermächtnisnehmer oder Gläubiger [2]).

Bedeutet nun Art. 579 nicht einen Durchbruch dieses Prinzipes? Es ist dort folgender Fall vorgesehen: Die Erbschaft ist überschuldet, der Erbe schlägt daher aus; er hat von dem Erblasser, innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Tode desselben, Zuwendungen empfangen, die bei der Erbteilung der Ausgleichungspflicht unterworfen wären. Auf den Betrag dieser Zuwendung kann der Erbe trotz Ausschlagung von den Erbschaftsgläubigern belangt werden. Haben die Gläubiger somit einen Ausgleichungsanspruch, d. h. sind sie ausgleichungsberechtigt im Falle des Art. 579 [3])? Es muss dies verneint werden. Art. 579 bedeutet eine Ausdehnung der actio pauliana, ist ein Schutz des Gläubigers, gibt ihm eine Anfechtungsklage bezüglich der ihm entgangenen

---

[1]) So für den Fall der Ersatzerben.
Vgl. Escher S. 626. — Kress S. 220. — Strohal Bd. II S. 242.

[2]) S. 60.

[3]) Mit Recht hat Hitzig darauf hingewiesen, dass die Berechtigung einer derartigen Regelung fraglich sei, da die Interessen des redlichen Zuwendungsempfängers allzusehr den Interessen der Gläubiger geopfert werden. Es kannte auch keine der kantonalen Gesetzgebungen eine solch exorbitante Vorschrift. Vgl. jedoch 786 c. c. von Neuenburg, insbesondere 989 A.b.G., welches letztere eine Haftpflicht bis zur Höhe des Pflichtteiles kennt.

Haftungsobjekte gegen den Empfänger; jedoch kommt dem Gläubiger ein Ausgleichungsanspruch, da das Bestehen der Ausgleichungspflicht nur Anfechtungsgrund ist, nicht zu. Wenn wohl der Gläubiger den Vorteil, den ihm Art. 579 gibt, vom Bestehen der Ausgleichungspflicht herleitet, hat er keinen Ausgleichungsanspruch, da der Verpflichtete die Zuwendung zurückgeben oder ersetzen, nicht jedoch im juristisch-technischen Sinn ausgleichen muss.

Eine andere Frage ist die, ob die Gläubiger eines ausgleichungsberechtigten Erben Ausgleichung verlangen können, um sich aus dem Eingeworfenen zu bezahlen. Nach Art. 635 kann der Erbe seinen angefallenen Erbteil veräussern[1]); jedoch erhält der Erwerber nur einen Anspruch auf Succession in das Vermögen des Veräusserers, somit keine erbrechtliche Stellung. Nach wie vor bleibt die Ausgleichungsberechtigung beim Veräusserer. Doch kann der Veräusserer nach Art. 609 die Mitwirkung der Behörde verlangen. Diese hat dann an Stelle des Schuldners mitzuwirken, hat alle Kompetenzen hinsichtlich der mit der Teilung zusammenhängenden Funktionen, kann also auch den Ausgleichungsanspruch geltend machen. Daher kann es im Falle des Erbschaftskaufes eintreten, dass ein Erbengläubiger von der Ausgleichungsverbindlichkeit Vorteile ziehen kann[2]), jedoch kommt ihm auch hier juristisch kein Ausgleichungsanspruch zu. Eine derartige Wirkung widerspricht übrigens der tatsächlichen Gleichstellung der Erben nicht, da der Erbschaftskäufer indirekt doch Vorteil hat vom Bestehen der Ausgleichungspflicht. Anders ist dies, und kommt die Ausgleichung dem Erben nicht zugute, wohl aber dem Erbengläubiger, für den Fall, dass die Gläubiger des Erben dessen Erbschaft gepfändet

---

[1]) Sten. Bulletin S. 487.

[2]) Der C. c. fr. (Art. 788 und 1167) gibt den Gläubigern des Erben das Recht, Rückbringen zu fordern.
Vgl. Zachariä-Crome S. 156.
So auch Schiffner für das B.G.B. S. 102.

haben[1]). Doch werden wir auch hier den Anspruch des Gläubigers juristisch nicht als Ausgleichungsberechtigung qualifizieren.

Kollationsberechtigt sind alle gesetzlichen Erben, nicht bloss diejenigen, welche der Pflichtige durch sein Erbewerden beschränkt, denn die Ausgleichung ist auf dem Gedanken der Gleichheit aller Erben aufgebaut[2]). Alle gesetzlichen Erben sollen von der Ausgleichung Vorteile ziehen, wenn aber beispielsweise ein ausgleichungspflichtiger Neffe des Erblassers nur seinem Bruder gegenüber ausgleichen würde, wäre die Stellung der Oheime durch die Ausgleichung durchaus nicht gebessert worden.

Es erhebt sich die Frage, ob die Ausgleichungsberechtigung nach Z.B.G. anderweitig beschränkt sei, innerhalb des Kreises der gesetzlichen Erben. Besteht eine Ausgleichungspflicht der Nachkommen nur gegenüber den miterbenden Nachkommen, oder sind auch andere gesetzliche Erben ausgleichungsberechtigt; denn die Stellung der Erben, die zur Ausgleichung verpflichtet sind, ist ja verschieden, je nachdem es sich um Nachkommen oder andere gesetzliche Erben handelt[3]). Escher[4]) will eine derartige Beschränkung annehmen. A.M. Wolfer[5]). Letzterer Ansicht dürfte beizutreten sein. Das Gesetz (Art. 626/1) schreibt eine Verpflichtung alle auf Anrechnung erhaltenen Zuwendungen ausgleichen zu müssen, für alle gesetzlichen Erben, gegenseitig vor, (l'un envers l'autre: franz. Text; reciprocamente: ital. Text). Das kann doch in Bezug auf die Berechtigung nur heissen, es soll jeder gesetzliche Erbe gegenüber jedem anderen gesetzlichen Erben ausgleichungsberechtigt sein. Zu den gesetz-

---

[1]) Art. 609.

[2]) Vgl. Magnus S. 61. Für das gemeine Recht der gleichen Meinung Windscheid § 610/b und die dort citierten. A.M. Wangerow § 516 2 II. 1.

[3]) Vgl. oben § 4.

[4]) S. 339.

[5]) S. 53.

lichen Erben gehören aber auch die Nachkommen. Abs. 2 enthält diesbezüglich keine Beschränkung, d. h. das Gegenseitigkeitsprinzip aller gesetzlichen Erben bleibt bestehen, da Abs. 2 nicht von der Deszendentenkollation im speziellen spricht, sondern nur bestimmt, unter welchen Voraussetzungen das Gesetz den erblasserischen Willen als bestehend erachtet. Es ist auch nicht einzusehen, warum die gesetzlichen Erben, die nicht Nachkommen sind, zwar gegenüber den Nachkommen ausgleichungspflichtig, nicht jedoch ausgleichungsberechtigt sein sollten, umsomehr als Art. 626/1 die Gleichstellung aller gesetzlichen Erben erreichen will.

Die Lösung der Frage wird wesentlich sein hinsichtlich der Ausgleichungspflicht des überlebenden Ehegatten gegenüber seinen Nachkommen[1]). Gerade hier ist die obige Entscheidung im Sinne der unbeschränkten gegenseitigen Berechtigung dem Gedanken des Z.G.B. sehr gerecht, da dieses dem Ehegatten ein sehr starkes gesetzliches Erbrecht gibt, um ihm eine möglichst günstige Stellung zu sichern.

---

[1]) Eine Berechtigung des Ehegatten kannte schon das A L.R.

III. Abschnitt.

Die Ausgleichungsobjekte.

§ 10.

Während wir im vorigen Abschnitt ausgeführt haben, welche Personen an der Ausgleichung teilnehmen, soll hier die Frage beantwortet werden, welche Objekte zur Ausgleichung gebracht werden müssen, was unter einer auszugleichenden Zuwendung zu verstehen ist.

Der Ausgleichungspflicht unterliegt nach Art. 626/1 das, was der Erblasser den gesetzlichen Erben zugewendet hat. Die Ausgleichungspflicht setzt somit eine Zuwendung voraus. „Zuwendung" ist nach Crome [1]) nichts realexistierendes und vernünftigerweise nur denkbar in Verbindung mit einem Zweck, der durch die Zuwendung erreicht werden soll [2]). Welches ist nun der Zweck der Zuwendung des Art. 626 ff. und welches ihre Begriffsmerkmale [3])?

Zweck der Zuwendung i. u. S. ist die Verschaffung eines geldwerten Vorteils des Erblassers an einen präsumptiven Erben. Somit kann jede Leistung des Zuwendenden, welche sich wirtschaftlich, wenn vielleicht auch nur vermöge beson-

[1]) Vgl. Crome, System I. § 74 und II. § 290.

[2]) Daraus ergibt sich auch sofort die Unhaltbarkeit der Argumentation von Wolfer (S. 58), da das Z.G.B. den Begriff der Zuwendung der Definition der Schenkung zugrunde lege, seien die dort angeführten Begriffsmerkmale der Schenkung (O.R. Art. 239) für den Begriff der Zuwendung nicht erforderlich.

[3]) Vgl. Regelsberger. — Pandekten § 167. — Motive S. 704. — Bekker § 100. — Magnus S. 64. — Binder S. 160.

derer, bezüglich der Gegenleistung gewährter Vergünstigungen, als eine uneigennützige, als eine Guttat charakterisieren lässt [1]), als Zuwendung aufgefasst werden. Die Unentgeltlichkeit ist somit nicht wesentliche Eigenschaft der Zuwendung; auch ist die Absicht der Freigebigkeit nicht Begriffsmerkmal [2]).

Binder definiert: Zuwendung ist Ueberführung eines Vermögenswertes aus dem Vermögen des Zuwendenden in das des Empfängers durch Rechtsgeschäft. Treten wir darauf ein, was unter Zuwendung als Zuwendungshandlung und was unter Zugewendetem zu verstehen ist, so muss diese Definition als zu eng befunden werden. Zuwendung als Verschiebung von etwas Zugewendetem braucht nicht rechtsgeschäftlichen Charakter zu haben, braucht nicht Zuwendungsgeschäft im Sinne von Art. 17 O.R. zu sein [3]). Es kann beispielsweise die Vernichtung eines Schuldscheines genügen. Als Zuwendungshandlung ist vielmehr jede Handlung anzusehen, die sich für den Handelnden als unwirtschaftlich darstellt [4]). Da die Zuwendungshandlung sich als einen die Vermögenslage des Begünstigten verbessernder Akt darstellt, muss das Zugewendete Vermögenszuwendung sein, denn die wirtschaftliche Lage des Empfängers wird durch die Zuwendungshandlung eine bessere. Die Vermögenszuwendung ist somit Begriffsmerkmal. Es kann in der Ersparung einer notwendigen Auslage eine Vermögenszuwendung liegen [5]). Daher ist Zuwendung von Persönlichkeitsrechten, soweit nicht eine Vermögensverschiebung damit verbunden ist, nicht Zuwendung in unserm Sinn. — Nicht erforderlich ist, dass die Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendungsgebers stammt. Demnach kann Verzicht auf ein noch nicht erworbenes Recht

[1]) Hafner S. 495.
[2]) Oser S. 552. — Ueber die Unterscheidung von causa und Motiv der Zuwendung Oser S. 72.
[3]) Oser S. 550.
[4]) Oertmann, Schuldverhältnisse § 516.
[5]) Planck S. 423.

(handle es sich um Unterlassung eines Vermögenserwerbes, oder eine noch nicht zum Recht verdichtete Anwartschaft[1]) als Zuwendung gelten, wenn der Verzicht in Begünstigungsabsicht geschah.

§ 11.

Damit eine Zuwendung der Ausgleichungspflicht unterstellt werden kann, muss sie zu Lebzeiten des Erblassers erfolgt sein. Auszugleichen sind nur Vorteile, welche der Erblasser den Erben unter Lebenden gemacht hat. Letztwillige Zuwendungen[2]), Vermächtnisse sind nicht auszugleichen. Wenn der Erblasser trotzdem eine Ausgleichungspflicht anordnet, so führt dies nicht zur Ausgleichung im technischen Sinn; die Anordnung ist aber insofern nicht irrelevant, als sie als Teilungsvorschrift im Sinne des Art. 608 wirksam wird. Die vermachte Zuwendung wird dann entsprechend dem Willen des Erblassers, dem Erben auf sein Erbteil angerechnet.

Da nur auszugleichen ist, was der Erblasser zugewendet hat, ist weitere Voraussetzung, dass der Empfänger die Zuwendung durch den Erblasser erhalten hat. Gleichgültig ist, ob der Empfänger direkt vom Erblasser etwas zugewendet bekommen hat, oder ob die Zuwendung durch Mittelglieder erfolgt ist. In der Regel wird die Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers gegeben sein, doch ist nicht notwendig, dass der Erblasser durch die Zuwendung ärmer wird[3]); andererseits kann eine Zuwendung, die der

---

[1]) Oser S. 551.
[2]) B.E. 4. Juli 1907.
[3]) Vgl. das oben Gesagte § 10. A.M. Wolfer. Er widerspricht sich jedoch, indem er eine Vermögensminderung (S. 59) nicht verlangt, jedoch eine Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers voraussetzt (S. 61).

Erbe zwar vom Erblasser, aber als Zuwendung eines Dritten erhalten hat, — etwa in Erfüllung einer Rechtspflicht — nicht der Ausgleichungspflicht unterstellt werden.

Von welchem Ehegatten ist nun aber die Zuwendung gemacht, wenn sie im Fall der ehelichen Gütergemeinschaft aus dem gemeinsamen Vermögen der Ehegatten erfolgt? In der Regel wird der Ehemann die Zuwendung geben, würde demnach auch als Zuwendungsgeber anzusehen sein. Daraus hönnen wesentliche Unbilligkeiten entstehen. Die nur beim Tode des Ehegatten erfolgende Ausgleichung einer aus dem Gesammtgut gegebenen Zuwendung hat zur Folge, dass beispielsweise Erben der Mutter, Zuwendungen, die ihnen aus dem gemeinschaftlichen Vermögen der Ehegatten zugekommen sind, überhaupt nicht auszugleichen haben. Ebenso würde auch nur dem Ehemann das Recht zustehen, eine Zuwendung als ausgleichungspflichtig zu erklären, bezw. die Ausgleichungspflicht zu erlassen.

Zwecks Verhütung solcher unbefriedigender Resultate, bezw. um Zweifel über die Person des Zuwendungsgebers zu beheben, stellt das B.G.B. (§ 2054 [1]) eine diesbezügliche, sowohl dem Wesen der Gütergemeinschaft, als auch dem Gedanken der Ausgleichungspflicht entsprechende Regelung auf. Es sollen solche Zuwendungen als von jedem Ehegatten zur Hälfte gemacht angesehen werden, wenn sie an gemeinschaftliche Abkömmlinge gegeben sind, während Zuwendungen an einen Abkömmling, der nur von einem Ehegatten abstammt, als von diesem allein gegeben, gelten sollen. Dieser Bestimmung entspricht dann die zweimal zu erfolgende Ausgleichung, zur Hälfte bei der Beerbung jedes Elternteiles. Andererseits gibt sie darüber Auskunft, wer die Ausgleichungspflicht anordnen oder erlassen kann und inwieweit eine solche Anordnung Wirksamkeit hat.

Leider weisen die Ausgleichungsbestimmungen des

[1]) Planck S. 300 ff. — Binder S. 162.

Z.G.B. bezüglich der Regelung der erörterten Frage eine Lücke auf. Da aber auch für das Z.G.B. sich die Notwendigkeit der Vermeidung der erwähnten Unbilligkeiten ergibt, muss es der Praxis überlassen bleiben, Grundsätze aufzustellen, nach Massgabe deren es sich bestimmt, ob und in wieweit im konkreten Falle eine Zuwendung des Erblassers vorliegt. Naheliegend ist die Aufwerfung der Frage, ob eine Lösung im Sinne des § 2054 B.G.B. als für das Z.GB. zulässig angesehen werden darf. Dafür Escher[1]). „Nach Art. 217 Z.G.B. bedarf es, sobald es sich nicht um eine gewöhnliche Verwaltung handelt, einer Erklärung beider Ehegatten. Es erscheinen also beide als Verfügende, und es erscheint, in analoger Anwendung des Art. 225, nicht unangemessen, die Zuwendung als im Zweifel von jedem Ehegatten zur Hälfte gemacht, anzusehen". Ebenso hält Wolfer[2]) eine den Grundsätzen des B.G.B. entsprechende Lösung für zulässig; immerhin hält er eine Entscheidung der Frage, wie sie die Praxis des preussischen Landrechtes enthielt „Ausgleichung der Zuwendung im vollen Umfang beim ersten Erbgang, für einen event. Rest beim zweiten Erbgang" für die einfachere und daher für das Z.G.B. annehmbarere Lösung.

Wir möchten uns der Ansicht Eschers anschliessen und annehmen, dass für den Fall, dass die Ehegatten in Gütergemeinschaft leben, die Zuwendung aus den angeführten Gründen, als von jedem Ehegatten zur Hälfte gemacht, angesehen werden soll. Bezüglich der von Wolfer vorgeschlagenen Entscheidung, es seien diese Zuwendungen nicht wie im B.G.B. zur Hälfte bei der Beerbung jedes Elternteiles, sondern beim ersten Erbgang auszugleichen, ist zu sagen, dass eine solche Entscheidung zu Unbilligkeiten führen kann und nicht dem Wesen der Ausgleichung entspricht, wenn wohl dies die einfachere Lösung wäre. Da der überlebende Ehegatte als gesetzlicher Erbe an der Ausgleichung beteiligt

[1]) Escher S. 342.
[2]) Wolfer S. 62.

ist, also von der Ausgleichungspflicht eines Miterben profitiert, würde sich bei der einmaligen Ausgleichung[1]), in den konkreten Fällen der Widerspruch ergeben, dass die Ausgleichungspflicht zu Gunsten des Zuwendungsgebers wirken würde. Daraus erhellt die Unhaltbarkeit der von Wolfer vorgeschlagenen Lösung, bezw. die Notwendigkeit der Ausgleichung beim Tode jedes Ehegatten für die Hälfte der Zuwendung.

§ 12.

Nach Art. 626/1 sind diejenigen Zuwendungen auszugleichen, die der Erblasser zu Lebzeiten auf Anrechnung gegeben hat (à titre d'avancement d'oirie[2]). Somit müssen nur diejenigen Objekte zur Ausgleichung gebracht werden, für die der Erblasser Anrechnung gewollt hat[3]).

Eine Form des erblasserischen Anrechnungswillens schreibt das Gesetz nicht vor. Relevant ist somit jede auf Ausgleichung gerichtetete, sich aus den Umständen des konkreten Falles ergebende Willensäusserung des Erblassers. Insbesondere braucht hier die Anordnung, im Gegensatz zum Ausgleichungserlass des Art. 626/2, nicht ausdrücklich zu sein. „Es genügt, wenn auf diesen Willen bloss durch Auslegung und Kombination verschiedener rechtlich relevanter Tatsachen und Aeusserungen geschlossen werden kann[4])".

Es frägt sich, ob jede erblasserische Willensäusserung, gleichgültig in welchem Zeitpunkt sie erfolgt sei, Gültigkeit

---

[1]) Ein event. Rest wäre nach dem A.L.R. beim zweiten Erbgang auszugleichen.

[2]) Vgl. Sten. Bull. 1906 S. 388: Le texte français ne rend pas d'une manière aussi claire que le français, l'idée du redacteur du projet.

[3]) Vgl. unten S. 49 ff.

[4]) Escher S. 347.

hat? Dass eine nachträgliche Willensäusserung in Form einer Verfügung von Todes wegen rechtlich wirksam ist, dürfte ausser Frage sein, denn in einer derartigen Verfügung liegt nichts, als eine Verschiebung der Anteile am Nachlass [1]). Fraglich ist jedoch, ob eine auf Ausgleichung gerichtete Willensäusserung des Erblassers, die nicht in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgt ist, auch wenn sie nicht bei der Zuwendung zu Tage trat, gültig ist. Für das B.G.B. geht die herrschende Meinung dahin, dass eine nachträgliche — einseitige oder vertragliche — Anordnung unter Lebenden wirkungslos sei [2]). Nach Strohal könnte einzig auf dem Wege des Erbverzichtes ein diesbezüglicher Erfolg erzielt werden, da nach dem Wortlaut des Gesetzes die Anordnung der Ausgleichungspflicht, um verbindlich zu sein b e i der Zuwendung erfolgen muss [3]) (§ 2050).

Im Gegensatz zum B.G.B. fehlt dem Z.G.B. ein Hinweis auf den Zeitpunkt der erblasserischen Willensäusserung, denn aus dem Text des Art. 621/1 ist nicht ersichtlich, dass diese bei der Hingabe der Zuwendung erfolgen muss. Ist nun trotzdem die Wirksamkeit einer Willensäusserung bedingt dadurch, dass sie bei der Zuwendung erfolgen muss? Die Frage wurde verschieden beantwortet. Bejahend Magnus [4]). „Denn wenn der präsumierte erblasserische Wille zur Anrechnung führt, um wieviel mehr muss der wirklich hervortretende Wille des Erblassers Bedeutung haben". Binder hält dies für unrichtig, denn es könne nicht belanglos sein,

---

[1]) Binder S. 167.

[2]) Planck S. 296 und d. d. citierten. Strohal S. 67 § 14 Anm. 19 II. Bd. — R.G.E. Bd. 71 S. 133 und Bd. 67 S. 306.

[3]) Anz S. 20 hält dies für sehr zweckmässig, da es sehr ungerecht erscheine, wenn ein Erbe eine Zuwendung in der Ueberzeugung angenommen hat, er müsse sie nicht ausgleichen, und später, etwa nach einer Erzürnung mit dem Erblasser, macht ihn dieser ausgleichungspflichtig. Dieser Ansicht kann entgegengehalten werden, dass dem Erblasser ja gleichwohl die Möglichkeit zusteht, später anderweitig zu disponieren.

[4]) Magnus S. 81.

wenn die Anordung erst später erfolge, da eine solche Anordnung im materiellen Sinn immer eine Verfügung von Todes wegen sei. Letzterer Ansicht tritt auch Escher bei. Er erachtet eine nachträgliche Anordnung unter Lebenden als bedeutungslos, da es sich bei der Anordnung der Ausgleichung materiell um ein Rechtsgeschäft von Todes wegen handelt, das nur dann formell erleichtert, d. h. in die Form eines Geschäftes unter Lebenden gekleidet wird, wenn es zugleich mit der Zuwendung erfolgt [1]). Diese Begründung ist nicht stichhaltig, denn das Zivilgesetzbuch verfolgt mit der Ausgleichungsbestimmung des Art. 626/1 nicht den Zweck der formellen Erleichterung. Vielmehr soll damit die Herbeiführung der Ausgleichung bezweckt werden, ohne dass der erblasserische Wille [2]) in Form einer Verfügung von Todes wegen erklärt zu sein braucht und tritt damit die gesetzliche Vorschrift an Stelle der erblasserischen Verfügung. Vorausgesetzt, dass ein erklärter, auf Anrechnung gehender erblasserischer Wille vorliegt, statuiert sie die Ausgleichungspflicht. Ist die Voraussetzung erfüllt, so muss der Erbe die erhaltene Zuwendung zur Ausgleichung bringen.

Wir müssen daher die erörterte Frage dahin beantworten, dass, da das Gesetz eine diesbezügliche Beschränkung nicht enthält, andererseits der rechtlichen Wirksamkeit materiell nichts entgegensteht, jede Willensäusserung des Erblassers, wann sie auch erfolgt sei, rechtlich relevant ist [3]).

---

[1]) Escher S. 314.
[2]) Vgl. oben § 3.
[3]) Daraus ergibt sich auch die Verschiedenheit des Art. 626 Z.G.B. gegenüber § 2050 B.G.B.

§ 13.

Alle diejenigen Objekte, die die oben angeführten Voraussetzungen erfüllen, müssen zur Ausgleichung gebracht werden. In Betracht kommen somit als auszugleichende Objekte alle Vermögensvorteile, die der Erblasser den Erben zu Lebzeiten auf Anrechnung verschafft hat. Es kann ein derartiger Vermögensvorteil dem Erben direkt oder indirekt zugekommen sein[1]); gleichgültig ist, ob es sich um einen Verzicht auf eine Erbschaft oder ein Vermächtnis zum Vorteil der Erben, Schulderlass, Bezahlung von Schulden, Versicherung zu Gunsten der Erben, Errichtung von Bauten auf dem Grundstück des Erben oder um direkte Schenkungen als solche handelt. Immerhin wird es schwer halten, den Beweis einer auf Anrechnung gerichteten erblasserischen Intention zu bringen bei indirekten Zuwendungen. — Wie verhält es sich mit der Beweiserbringung bei den sogenannten verschleierten, d. h. in ein belastendes Rechtsgeschäft eingekleideten Zuwendungen? Es wird sehr oft vorkommen, dass der Erblasser mit einem Erben einen Kaufvertrag abschliesst mit niederem Kaufpreis, als er einem Dritten gegenüber- gegolten hätte. Nach der Ansicht von Rossel-Mentha liegt in einem solchen schenkungsweisen Erlass der Kaufpreisschuld ein stillschweigender Erlass der Ausgleichungspflicht, daher unterstellt er solche verschleierte Schenkungen der Ausgleichungspflicht des Art. 626 nicht, da ein event. Beweis., dass Ausgleichungspflicht vorliege, durch den mit der Schenkung verbundenen Erlass der Ausgleichungspflicht paralysiert werde. U. E. kann aus dieser erblasserischen Handlung ein sicherer Schluss auf den Ausgleichungserlass nicht gezogen werden. Uebrigens gilt der durch die Gegenleistung nicht gedeckte Teil der Leistung nach dem oben Angeführten als Zuwendung i. u. S. und ist nach Art. 626 Abs. 1 zur Aus-

[1]) Vgl. die Zusammenstellungen von Rossel-Mentha S. 705.

gleichung zu bringen, m. a. W., wenn der Berechtigte den Beweis des Anrechnungswillens erbracht hat, ist die Zuwendung auch ohne dass der Erblasser ausdrücklich Anrechnung verfügt hat, auszugleichen [1]).

§ 14.

Wir hatten oben in § 3 darauf hingewiesen, dass die Nachkommen eine andere, d. h. eine weniger günstigere Stellung haben als die andern gesetzlichen Erben, insofern nämlich, als der Gesetzgeber für die Nachkommen den Anrechnungswillen voraussetzt. Es soll dies hier dahin präzisiert werden, dass dies nur zutrifft, soweit es sich um eine Zuwendung bestimmter Art handelt. Welches sind nun die Objekte im Speziellen, für die das Gesetz eine besondere Bestimmung aufstellt (Art. 626/2)?

Während nach Art. 626/1 alle lebzeitigen Zuwendungen, die auf Anrechnung gegeben sind, auszugleichen sind, umfasst die Bestimmung des Abs. 2 nur einen Teil jener Zuwendungen. Eine gesetzliche Vermutung des erblasserischen Ausgleichungswillens besteht für das, „was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass und dergleichen zugewendet hat".

Diese in erster Linie auf gesetzlicher Vermutung beruhende Deszendentenkollation war, wenn auch von verschiedenen Gesichtspunkten aus [2]), im römischen wie im

[1]) Weitere Ausführungen, welche Objekte als auszugleichende Zuwendungen in Betracht fallen, hätten wenig Wert, da im konkreten Fall der Richter nach Massgabe der oben angeführten Grundsätze entscheiden wird, ob ein Objekt ausgleichungspflichtig ist.

[2]) Objektives Aequitätsprinzip und Antizipationsprinzip. Vgl. Leist S. 397. — Schiffner S. 102. — Escher S. 327. Wolfer S. 65.

deutschen Recht zum Ausdruck gekommen. Beiden Rechten lag der Gedanke zugrunde, dass diejenigen Zuwendungen, die der Erblasser seinen Kindern zwecks Versorgung gemacht hatte, als vom Erblassser auf Anrechnung gegeben anzusehen seien. Während das römische Recht diese Zuwendungen einzeln aufzählte, gewissermassen katalogisierte, hat das deutsche Recht bezüglich dieser Feststellung einen anderen Weg eingeschlagen, indem es an Stelle der gebundenen Rechtssatzung, den eine freie juristische Interpretation erlaubenden allgemeinen Begriff des subsidium paternum, der Ausstattung setzte.

Auch der gesetzlichen Ausgleichung des B.G.B. liegt der Gedanke der Versorgungs-, bezw. Ausstattungskollation zugrunde, und zwar bestimmen sich die der Ausgleichung unterliegenden Objekte nach deutschrechtlichem Muster durch diejenigen Zuwendungen, die unter den Begriff der Ausstattung fallen [1]) (§ 2050 Abs. 1).

Aehnlich wie das römische Recht hat das Z.G.B. in Art. 626/2 die Objekte, bezüglich deren vorausgesetzt wird, dass der Erblasser Anrechnung gewollt hat, spezialisiert. Immerhin ist die Zahl der Objekte durch die Aufzählung nicht beschränkt; es soll die Anführung des Abs. 2, wie der Ausdruck „und dergleichen" besagt, nur eine beispielsweise sein [2]). Es bleibt somit der Praxis überlassen, weitere Objekte aufzuzählen. Schwierigkeit bereitet nun aber die Beantwortung der Frage, in welchem Rahmen sich diese Er-

[1]) „Ausstattung ist dasjenige, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf Erlangung einer selbständigen Lebensstellung, zur Begründung oder Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird". — Ob die in § 2050/2 genannten Zuwendungen unter den Begriff der Ausstattung fallen, gehen die Meinungen auseinander. Dafür Binder. — Strohal und Planck entscheiden, dass dies nur unter Umständen der Fall sei.

[2]) Die Frage Martins: „Y-a-t-il des libéralitées qui ne rentrent pas sous la dénomination d'avancement d'hoirie . . . . etc.", muss unbedingt bejaht werden.

weiterung bewegen soll; m. a. W., kann der Richter nach Ermessen die Einbeziehung anderer, als der in Art. 626 genannten Objekte beliebig vornehmen, oder wollte der Gesetzgeber die Aufzählung in gewisser Hinsicht beschränken? Ist letzteres der Fall, so ist in der beispielsweisen Anführung eine Direktive gegeben, in welcher Hinsicht die Erweiterung gedacht resp. beschränkt ist. Dann bezieht sich die Erweiterung nur auf ähnliche der in Art. 626 genannten Zuwendungen, und müssen sich diese unter einen, die ganze Kategorie umfassenden Oberbegriff bringen lassen. Naheliegend ist dabei, an die Ausstattungskollation, wie sie dem B.G.B. und anderen modernen Gesetzgebungen, wie sie insbesondere vielen kantonalen Rechten zugrunde lag, zu denken. In der Tat zweifelt Escher nicht daran, dass bei der erörterten Erweiterung „fast" ausschliesslich solche Zuwendungen in Frage kommen werden, da doch drei von den genannten Zuwendungen sich unter jene Zuwendungen subsumieren, durch welche der Erblasser den Zweck der Versorgung oder Erhaltung einer selbständigen Lebensstellung seiner Kinder bezweckt; immerhin fügt er zu, dass die Fassung des Art. 626 im Vergleich mit anderen Gesetzgebungen ein gewisses Moment der Unsicherheit enthalte [1]).

Gelangt nun wirklich der Gedanke, nur für diejenigen Objekte, die der Versorgung dienen, anzunehmen, der Erblasser habe Anrechnung gewollt, so dominierend zum Ausdruck? Dass die beiden erstgenannten Objekte zu jener Kategorie gehören, ist unzweifelhaft; Heiratsgut, als das, was mit Rücksicht auf die Verheiratung der Tochter oder des Sohnes zugewendet wird; Ausstattung, als Inbegriff jener Zuwendungen, die die wirtschaftliche Selbständigkeit eines Kindes bezwecken, bestehe dies nun in der Begründung oder Erhaltung einer solchen. Was dagegen die beiden letztgenannten Zuwendungen anbetrifft, kann füglich von dem

[1]) Ebenso Wolfer: „Der Gedanke der Versorgungskollation ist, wenn auch stark abgeblasst, zu erkennen".

Gesichtspunkt der Versorgungskollation abgesehen werden. Jede ganze oder teilweise Ueberlassung von Vermögen, so die Uebergabe eines Hauses, eines Landgutes, einer ausstehenden Forderung etc. ist als Vermögensabtretung anzusehen. Wäre der Zweck derartiger Abtretungen die Versorgung von Deszendenten, müsste die Anführung der Vermögensabtretung als überflüssig angesehen werden, da er unter die beiden Begriffe der Ausstattung und des Heiratsgutes fallen würde. Wir sind der Ansicht, dass der Gesetzgeber unter diesen Begriff alle jene Zuwendungen der Ausgleichung des Art. 626 unterstellen wollte, die der Erblasser gelegentlich zuwendet, sei es nun in reiner Schenkungsabsicht, sei es — wie es oft vorkommen wird — um sich zu entlasten [1]; also Zuwendungen, die nicht unter den in Frage stehenden Oberbegriff fallen. In noch viel höherem Masse kann dies von dem zuletzt genannten Objekt behauptet werden. „Schulderlass" ist Aufgabe eines Forderungsrechtes, also eines positiven Vermögensbestandteiles (der Effekt ist der gleiche, wie wenn der Gläubiger dem Schuldner einen positiven Vermögensbestandteil zuweist) und lässt [2] sich mit dem Gedanken der Versorgung in keiner Beziehung verbinden.

Damit kommen wir zu dem Resultat, die von Escher vertretene Ansicht abzulehnen, denn da der Gesetzgeber in so hohem Masse über den Gedanken der Versorgung hinausgegangen ist, kann nicht wohl angenommen werden, dass er nur eine Erweiterung der Aufzählung hinsichtlich jener Objekte gewollt habe. Da aber auch ein anderer gesetzgeberischer Gedanke, als allen angeführten Objekten zugrunde liegend, nicht gefunden werden kann, andererseits die Quellen nichts diesbezügliches enthalten, hat u. E. die beispielsweise Anführung in Art. 626 nichts beschränkendes an sich [3].

[1] Vgl. Amsler S. 136 oben.
[2] Mit Recht bemerkt Wolfer, dass diese Zuwendungen sogar direkt mit dem erblasserischen Willen in Widerspruch stehen.
[3] Ebenso Rossel-Mentha S. 706.

Als auf Anrechnung gegeben anzusehen sind daher alle Zuwendungen, die in Art. 626/2 genannt sind, oder die der Richter nach freiem Ermessen als solche erachtet. Eine so weitgehende Vermutung war auch den kantonalen Rechten nicht fremd. So sagt Art. 985 des aargauischen Erbrechtes: „Der gesetzliche Erbe hat dasjenige, was er vom Erblasser als Aussteuer oder in anderer Weise auf Rechnung des Erbteiles erhalten hat, sich anrechnen zu lassen"; wobei neben der Ehesteuer jede Zuwendung als auf Rechnung des Erbteils gegeben galt, wenn sie ihres Wertes wegen, sich nicht, bei den Vermögensverhältnissen des Erblassers, als kleinere, aus den laufenden Einkünften bestrittene Gelegenheitsgeschenke oder vorübergehende Unterstützungen, sondern als eigentliche Kapitalaufwendung darstellt[1]). Von diesem Gesichtspunkte aus, alle aussergewöhnlichen Zuwendungen als vom Erblasser auf Anrechnung gegeben zu betrachten, ging u. E. auch der schweizerische Gesetzgeber aus[2]).

Auf die Behauptung Martins[3]): „Il n'y aurait pas de motifs pour dispenser du rapport certaines libéralités faites anx descendants" einzutreten, dürfte zwecklos sein. Abgesehen von der Ausstattung, der eine Sonderstellung zukommt, da alle Abkömmlinge von vornherein den gleichen Anspruch haben, lässt sich das gesetzgeberische Motiv nicht in der Abwägung der erblasserischen Intention suchen[4]). Wenn der Gesetzgeber den auf Ausgleichung gerichteten erblasserischen Willen für einen grösseren Kreis von Objekten festlegt, kann die Entscheidung nur in der Abwägung der gegenseitigen Interessen der an der Ausgleichung beteiligten Personen gesucht werden. Man muss sich ja bewusst sein, dass die dispositiven Rechtsnormen nicht nur den mutmass-

---

[1]) Amsler S. 167.
[2]) Wie unten angeführt ist, sind Gelegenheitsgeschenke von der Ausgleichungspflicht ausgenommen.
[3]) S. 156.
[4]) Strohal S. 64 I.

lichen Willen der Parteien feststellen, sondern auch den objektiven Interessen des Verkehrs genügen sollen[1]). Entsprechend der die ganze Ausgleichung durchziehenden Tendenz[2]), hat auch hier der Gesetzgeber das Interesse der Ausgleichungsberechtigten stark in den Vordergrund gedrängt.

Fassen wir das oben Gesagte kurz zusammen, so ergibt sich, dass als Zuwendungen, für die das Gesetz den erblasserischen Anrechnungswillen vermutet, alle grösseren und aussergewöhnlichen Zuwendungen in Betracht kommen werden. Ein allgemein gültiger, objektiver Masstab kann zur Beurteilung, ob eine Zuwendung eine aussergewöhnliche sei, nicht angelegt werden. Der Richter wird dies nach freiem Ermessen, unter Berücksichtigung subjektiver Momente, wie namentlich der Vermögensverhältnisse des Erblassers, entscheiden.

Nicht unter die genannten Zuwendungen fallen demnach alle kleineren, bei den verschiedensten Gelegenheiten gemachten Zuwendungen, wie dies natürlich ist, da eine Ausgleichung aller kleinen und kleinsten Geschenke, die der Vater seinen Kindern gibt, ungerecht wäre und zu den unleidlichsten Verhältnissen führen würde. Diese negative Begrenzung hat der Gesetzgeber in Art. 632 ausdrücklich statuiert und damit dem Richter die Beurteilung, welche Zuwendungen als auf Anrechnung gegeben anzusehen seien, bezw. die Abgrenzung dieser Zuwendungen erleichtert[3]).

Zuwendungen im Sinne von Art. 632 sind Geschenke, wie sie nach allgemeinem Brauch bei bestimmten Gelegenheiten, wie Neujahr, Ostern, Geburtstag, dann etwa auch bei der Konfirmation, Maturität etc. gegeben werden. Der Richter wird im konkreten Fall untersuchen müssen, ob die

---

[1]) Rosenberg S. 98.
[2]) Vgl. Art. 629.
[3]) Die Grosszahl der obgenannten kleinern Zuwendungen wird, soweit es sich nicht um Alimentation handelt, als Gelegenheitsgeschenk anzusehen sein.

Hingabe der in Frage kommenden Zuwendung als üblich es Geschenk anzusehen ist, d. h. in jenem Personen- oder Berufskreise, oder an jenem Ort unter nahen Verwandten Uebung ist [1]). Dass eine derartige Uebung sich nur auf Zuwendungen beziehen kann, die in einem bestimmten Verhältnis zum Vermögen des Gebers stehen, liegt in der Natur der Sache [2]).

Ergibt sich, dass ein Geschenk nicht als übliches anzusehen ist, so fällt es, als auf Anrechnung gegeben, unter die Zuwendung des Art. 626/2. Es wird sodann für den ganzen Betrag vorausgesetzt, dass der Erblasser Anrechnung gewollt habe, niemals aber kann eine Reduktion eintreten in dem Sinne, dass nur die das übliche Mass übersteigende Summe der Vermutung des Art. 626/2 unterstellt ist. Im Gegensatz zu Art. 631, der diesen Fall vorsieht, will Art. 632 strikte interpretiert sein.

---

[1]) Vgl. Egger S. 15.

[2]) Dazu hier ein Beispiel: In einem Städtchen, wo es üblich ist, dass der Vater seinem Sohne zur Konfirmation eine Uhr schenkt, hat ein in bescheidenen Verhältnissen lebender Arbeiter seinem Sohne anlässlich jener Gelegenheit eine goldene Uhr gegeben. Da diese Zuwendung das übliche Mass übersteigt, wird er die Uhr zur Ausgleichung bringen müssen, während der Sohn eines reichen Fabrikbesitzers, der bei der nämlichen Gelegenheit eine diamantbesetzte Uhr erhalten hat, diese nicht ausgleichen muss, so nicht ein erklärter Wille des Aszendenten vorliegt.

§ 15.

Eine neue Richtung erfährt die Lehre von den Objekten, für die der erblasserische Anrechnungswille vorausgesetzt wird, hinsichtlich der Erziehungskosten [1]). Während im letzten Paragraph nur von unbedingt, bezw. nicht auszugleichenden Zuwendungen die Rede war, führt Art. 631 eine Reihe von Zuwendungen an, für die der erblasserische Anrechnungswille nur b e d i n g t vermutet wird.

Unter Erziehungskosten, bezw. wie der Gesetzestext sagt, „Auslagen für Erziehung und Ausbildung der Kinder" sind erblasserische Aufwendungen zu verstehen, die zum Zwecke der intellektuellen und moralischen Ausbildung der Deszendenten gemacht wurden. Abweichend Escher, indem er auch die Alimentation, also Aufwendungen für Ernährung, und Bekleidung unter die Erziehungskosten stellt. Dieser Ansicht können wir uns nicht anschliessen, da sie weder gemäss dem Sprachgebrauch ist [2]), noch dem Willen des Gesetzgebers entspricht [3]).

In Anlehnung an das B.G.B. (§ 2050 spricht nur von Aufwendungen zu einem Berufe) bestimmt das Z.G.B. in Art. 631, dass, wenn kein anderer Wille des Erblassers nachgewiesen werden kann, die Erziehungskosten, soweit sie das übliche Mass übersteigen, als solche anzusehen seien, die der Erblasser auf Anrechnung gegeben hat. Somit sind Auslagen für Erziehung und Ausbildung nur wenn, bezw. insoweit, Ueberschreitung des üblichen Masses vorliegt dieser Vermutung unterstellt. Das gesetzgeberische Motiv liegt in

---

[1]) Die kantonalen Rechte hatten die Frage sehr kontrovers gelöst. Vgl. oben § 1.

[2]) So sagt ein Entscheid des aargauischen Obergerichtes Nr. 325 II: Erziehungskosten sind Auslagen zur Erreichung eines gewissen Bildungsgrades; Ausbildungskosten bis zur Erreichung eines Berufes.

[3]) Vgl. insbesondere Art. 272.

der Erwägung, dass die besondere Veranlagung eines Kindes es rechtfertigen könne, demselben eine kostspieligere Ausbildung angedeihen zu lassen, ohne dass diese Bevorzugung zur Ausgleichung führen muss [1]). Diese Bevorzugung wird erst dann ungerechtfertigt, wenn die Zuwendung die väterlichen Vermögensverhältnisse übermässig belastet, die andern Kinder daher bei der Erbteilung unverhältnissmässig zurückgesetzt werden. Für diesen Fall vermutet daher das Gesetz den erblasserischen Anrechnungswillen.

Die Beurteilung, ob das übliche Mass überschritten worden ist, ist im wesentlichen Tatfrage [2]) und hängt ab von den ökonomischen und gesellschaftlichen Verhältnissen, in denen der Erblasser und seine Angehörigen zur Zeit der Zuwendung leben. Wenn beispielsweise ein Vater mit Ueberanstrengung seiner finanziellen Kräfte seinen Sohn studieren lässt, während die andern Kinder mit Primarschulbildung sich durchschlagen müssen, ist die Vermutung des erblasserischen Willens gerechtfertigt [3]).

Für die Entscheidung, in welcher Höhe das übliche Mass überschritten ist, wird der Richter nicht nur das Kapital, sondern auch das Einkommen des Erblassers berücksichtigen müssen. Hat beispielsweise [4]) ein Erblasser, der ein Einkommen von 6000 hat, seinen ältesten Sohn mit einer Aufwendung von 20000 Medizin studieren lassen, während er für seine beiden anderen Söhne zur Erlernung eines Handwerkes 2000 bezw. 4000 aufgewendet hat, so dürfte ein Maximalbetrag von 5—6000 als das übliche Mass nicht überschreitend angenommen werden, wenn der Nachlass 25000 beträgt. Die Schätzung kann natürlich nur eine ganz aproximative sein,

---

[1]) A.M. Gierke S. 565 „Aus praktischen Gründen wäre eine Ausgleichnng der Studienkosten „wünschenswert".

[2]) Curti zu § 631.

[3]) Endemann S. 497 ist der Ansicht, dass im Zweifel eine ausgleichungspflichtige Zuwendung vorliege, wenn die Erziehungskosten aus dem Stamm des Vermögens erfolgen (Anm. 26).

[4]) Rossel-Mentha S. 712.

da viele andere Umstände den Richter beeinflussen müssen. So wäre im obigen Falle das übliche Mass nicht überschritten, wenn der Erblasser nach Auslegung der Erziehungskosten, anlässlich der Zwangsliquidation einer Bank 100000 verloren hätte.

§ 16.

Zum Schlusse dieses Abschnittes soll die eigenartige Regelung der Art. 631/2 und 633 hier Erwähnung finden.

1. Art. 631 Abs. 2 gibt den Unerzogenen und Gebrechlichen einen billigen Vorausbezug. Die Bestimmung, dass unerzogene Kinder in verhältnissmässiger Weise begünstigt werden sollen, hatte schon der erste Vorentwurf, entsprechend den meisten kantonalen Gesetzgebungen aufgenommen [1]). Die Expertenkommission fasste diese Bestimmung allgemeiner, indem nicht bloss ein Aequivalent für die nicht verausgabten Erziehungskosten angerechnet wird, sondern unerzogenen und gebrechlichen Kindern bei der Teilung ganz allgemein ein billiger Vorausbezug eingeräumt wird [2]).

Dass eine solche Bevorzugung der unerzogenen Kinder berechtigt ist, dürfte ausser Frage sein; gewiss wird es der Wille des Erblassers sein, allen seinen Kindern eine angemessene Erziehung angedeihen zu lassen, somit ein Ausgleichungswille des Erblassers vom Gesetzgeber vermutet werden dürfen, sofern der Erblasser vor der Vollendung der Erziehung seiner Kinder stirbt. Was jedoch das Voraus der gebrechlichen Kinder anbetrifft, kann der Grund nicht in der vom Erblasser gewollten Gleichstellung der Kinder gesucht werden. Hätte der Erblasser eine derartige Bevorzugung gewollt, hätte er eine diesbezügliche Verfügung nicht unterlassen,

---

[1]) Vorentwurf von 1900 Art. 636/2.
[2]) Schweiz. Juristen-Zeitung, Heft 22 S. 286.

denn es ist nicht wohl anzunehmen, dass der Vater eine Bevorzugung der gebrechlichen, und damit eine Erschwerung der standesgemässen Existenz der andern Kinder gewollt hat. Das Motiv dieser Bestimmung liegt vielmehr darin, dass der Gesetzgeber einem modernen humanistischen Zuge Rechnung getragen hat.

Treten wir auf den Inhalt des Art. 631/2, der dazu geeignet ist, Schwierigkeiten aller Art zu bieten, näher ein. Der Anspruch auf ein Voraus kommt in erster Linie Unerzogenen zu. Subjekte sind somit nicht nur solche Kinder, die überhaupt keine Erziehung genossen haben, sondern auch solche Kinder, die nach Sprachgebrauch als unerzogen anzusehen sind, deren Erziehung erst teilweise vollendet ist[1]). Je weiter die Erziehung vorgeschritten, umso kleiner wird der Anspruch sein, bezw. umso weniger wird der Erbteil der anderen Kinder geschmälert. Der Richter wird die Höhe des „billigen Voraus" ungefähr der Aufwendung, die der Erblasser im konkreten Falle gehabt hätte, entsprechend bemessen. Hauptsächlichster Anhaltspunkt sind die erblasserischen Vermögensverhältnisse, dann aber auch die Erziehung und Ausbildung, die der Erblasser anderen Kindern zukommen liess, die persönliche Veranlagung usw.

Weit schwieriger wird für den Richter die Bemessung des den — geistig oder körperlich — gebrechlichen Kindern zukommenden Voraus sein, da hier eine allgemein gültige erblasserische Intention nicht zugrunde gelegt werden kann[2]). Daher kann u. E. die Tatsache, dass der Erblasser bereits grosse Opfer für diese Kinder gebracht hat (Behandlung durch Autoritäten, kostspieliger Aufenthalt in Anstalten), das Kind sehr bevorzugt oder vernachlässigt hat, nicht massgebend sein für die Höhe des Voraus. Da der Gesetzgeber mit der Bestimmung des Art. 631/2 den von der Natur vernachlässigten Kindern eine Existenzmöglichkeit bieten wollte,

[1]) Escher S. 345. — Zweifelnd Rossel-Mentha S. 712.
[2]) A.M. Escher S. 351.

richtet sich die Höhe des Voraus nicht nach dem Nachlassbestand, sondern wird diesen Kindern ein solcher Betrag zugesprochen werden, der notwendig ist, um ihnen eine Existenzmöglichkeit zu bieten bezw. zu erleichtern. Dies allerdings nur solange die anderen Kinder nicht allzu sehr in ihrer Existenzmöglichkeit geschädigt werden [1]).

2. Art. 636 gibt den unmündigen Kindern, die ihren Eltern im gemeinsamen Haushalt ihre Einkünfte und ihre Arbeit zugewendet haben, einen dem Art. 631/2 ähnlichen Anspruch. Es soll dadurch eine Ungleichheit bei der Teilung verhindert werden, wie sie entstehen würde, wenn mündige Kinder im Haushalt ihrer Eltern arbeiten, währenddem ihre Geschwister ausserhalb des Vaterhauses Gelegenheit hatten, sich selbständig zu machen und Vermögen zu erwerben [2]) [3]). Voraussetzung des Anspruches ist, dass die Kinder mündig sind, in der Hausgemeinschaft der Eltern leben und dem gemeinsamen Haushalt Zuwendungen gemacht haben. Immerhin dürfte ein diese Voraussetzung erfüllender Anspruch dahinfallen, wenn der Erblasser letztwillig die im Haushalt arbeitenden Kinder begünstigt hat, da vermutet werden darf, dass diese Begünstigung ein Aequivalent für die gemachten Zuwendungen sei. Im Gegensatz zu Art. 631 Abs. 2 muss hier der Anspruch geltend gemacht werden von dem Berechtigten. Erfolgt kein diesbezüglicher Antrag bei der Teilung,

---

[1]) Da dieses Voraus dem Gebrechlichen nur wegen seiner Gebrechlichkeit zukommt, nicht etwa weil eine gerechte Verteilung dies verlangt, dürfte die von Curti (zu Art. 631) vorgeschlagene Massnahme, wonach der Vorausbezug nicht endgültig zugewiesen zu werden braucht, als zulässig zu erachten sein. Stirbt das gebrechliche Kind, so fällt der noch vorhandene Betrag an die Ausgleichungspflichtigen zurück.

[2]) Vgl. die ähnliche Bestimmung des Art. 334 bezüglich der Geltendmachung im Konkurs und der Einräumung der Anschlusspfändung (Egger S. 451).

[3]) Mit dieser Wahrung der Interessen der mündigen Hauskinder stellt sich das Z.G.B. im Gegensatz zum B.G.B. hinsichtlich der Auslegungsregel, des § 1618.

so kann jedoch darin kein stillschweigender Verzicht liegen, der Anspruch bleibt bestehen, es sei denn, der Berechtigte hätte ausdrücklich darauf verzichtet. Ebenso ist ein Verzicht vor der Teilung bezw. vor dem Tode des Erblassers nach dem Wortlaut des Gesetzestextes nur rechtlich relevant[1]), wenn er ausdrücklich ist.

3. Wie schon in einem einleitenden Paragraphen betont wurde, handelt es sich bei der Ausgleichung des Art. 631/2 und Art. 633 nicht um Ausgleichung in juristisch-technischem Sinne. Der Anspruch auf ein Voraus ist kein Anwendungsfall der Ausgleichung; er entspricht dieser nur insofern, als dadurch auch eine materielle Gleichstellung erzielt wird. Immerhin möchten wir doch noch darauf hinweisen, dass die Materie der genannten Artikel der Ausgleichung insofern nicht fremd ist, als sie in ihrer Begründung mit derselben in gewissen Beziehungen steht. Während die Ausgleichung der unerzogenen Kinder sich in der Nichtausgleichung des Art. 630 gründet, stellt die Ausgleichung, die dem Hauskind gegenüber den ausserhalb der Gemeinschaft stehenden und für sich selbst arbeitenden Geschwistern zukommt, sich in ihrer Begründung als eine eigenartige Wiederaufnahme des ältesten Kollationsfalles dar[2]). Wie im römischen Recht der Emanzipierte dem in der Gewalt verbleibenden sui konferiert, weil er seit der emancipatio für sich selbst erwarb, so soll auch nach dem Z.G.B. die Tatsache berücksichtigt werden, dass die Arbeit eines Miterben dem Nachlasse zugute gekommen ist[3]) [4]).

[1]) Damit fällt die bundesgerichtliche Praxis, wonach eine Nichtgeltendmachung einer Lohnforderung während langer Zeit einem Verzichte gleichkommt, dahin.
Vgl. B.E. von 1904 Bd. 30/2 S. 81 und R.G.E. 4, 33.

[2]) Vgl. Hitzig S. 135 i. d. Festschrift.

[3]) Ueber die geschichtliche Entwicklung der Ausgleichung vgl. Wolfer 1. Kap. „Die Collation im römischen Recht".

[4]) Um der Materie des Art. 631 Abs. 2 und 633 nicht einen neuen Abschnitt einräumen zu müssen, haben wir sie am Schluss des 3. Kapitels behandelt, da sie hier verhältnissmässig am besten hinein passt.

IV. Abschnitt.

Die Durchführung der Ausgleichung.

§ 17.

Damit eine Durchführung der Ausgleichung ermöglicht wird, ist erforderlich festzustellen, ob und in welchem Umfang ein Erbe vom Erblasser zu Lebzeiten Zuwendungen erhalten hat, die der Ausgleichung unterliegen. Genaue Auskunft darüber zu geben vermögen am besten die Zuwendungsempfänger selbst, und daher haben die meisten Kodifikationen dem Erben die Mittel in die Hand gegeben, mittels deren er seine Miterben veranlassen kann, diesbezüglich Auskunft zu geben.

Entsprechend vielen kantonalen Bestimmungen und anlehnend an das deutsche B.G.B., welches letztere die Bestimmung enthält: „Jeder Miterbe ist verpflichtet, den übrigen Erben auf Verlangen Auskunft über die Zuwendung zu erteilen, die er zur Ausgleichung zu bringen hat“ [1]), hatte der erste Vorentwurf zum Z.G.B. eine allgemeine Manifestationspflicht in die Ausgleichungsbestimmungen aufgenommen [2]). Dies wurde dann insofern abgeändert, als die Pflicht zur Auskunfterteilung verallgemeinert und für alle Rechte geltend, die der Manifestation betreffs der Erbteilung bedürfen, in das Gesetz aufgenommen wurde. Art. 610 Abs. 2 — der

[1]) § 2057.

[2]) Vorentwurf zum Z.G.B. von 1900, Art. 634 Abs. 2.

übrigens nur das in Art. 607 Abs. 3 Gesagte erweitert[1]) — verpflichtet die Erben, über ihr Verhältnis zum Erblasser alles mitzuteilen, was für die gleichmässige und gerechte Verteilung der Erbschaft in Berücksichtigung fällt. Diese Verpflichtung gilt in erster Linie für die Ausgleichung, da, wie die Botschaft sich ausdrückt, bezüglich der Ausgleichung im wesentlichen auf Treu und Glauben der Miterben verwiesen werden muss[2]).

Die Verpflichtung ist nach Art. 610/2 eine gegenseitige, besteht somit jedem einzelnen Erben gegenüber allein, d. h. jedem Erben steht das Recht zu, von einem oder allen Miterben Auskunft zu verlangen[3]).

Nicht so einfach zu beantworten ist die Frage, in welchem Umfang die Auskunftspflicht besteht. Der Erbe ist verpflichtet, alles mitzuteilen, was für die gleichmässige Verteilung der Erbschaft in Betracht fällt. Enthält somit, da nur ausgleichungspflichtige Zuwendungen die Gleichmässigkeit der Verteilung beeinträchtigen, Art. 610/2, lediglich die Verpflichtung zur Angabe derjenigen Zuwendungen, die nach den Ausgleichungsbestimmungen zurückzubringen sind? Dies kann unmöglich dem gesetzgeberischen Willen entsprechen, denn so ausgelegt müsste die Bestimmung praktisch unbrauchbar sein[4]). Man vergegenwärtige sich die Folgen einer derartigen Auskunftspflicht. Der Verpflichtete müsste erwägen, welche der Zuwendungen, die er vom Erblasser erhalten hat, der Ausgleichungspflicht unterliegen. Abgesehen davon, dass er die gesetzlichen Bestimmungen nicht richtig auslegen könnte[5]), würde die Prüfung eine Versuchung sein, — wie der zitierte R.G.E. sagt — mit der Wahrheit

---

[1]) Vgl. jedoch auch Gautschi S. 213, Z. 13 ff.
[2]) S. 60.
[3]) Für das B.G.B. vgl. Strohal S. 127; Planck S. 307.
[4]) R.E. Bd. 58 S. 88. — Staudinger S. 359. — A.M. Meyer S. 247.
[5]) Bspw., ob im konkreten Fall aus den Umständen auf den erblasserischen Willen geschlossen werden kann; oder ob die Zuwendung unter die in Art. 626 Abs. 2 genannten Zuwendungen fällt.

zurückzuhalten oder einen unbilligen Gewissenszwang bedeuten.

Weit besser und den praktischen Bedürfnissen entsprechend ist es, wenn wir die Auskunftspflicht dahin formulieren, dass der Erbe verpflichtet sein soll, Auskunft zu geben darüber, ob er vom Erblasser zu Lebzeiten auf irgend welche Art etwas empfangen hat, resp. was er vom ausgleichungspflichtigen Erben, an dessen Stelle er getreten ist, erhalten hat [1]); wenn ja, unter welchen Umständen er die Zuwendung erhalten hat, insbesondere auch, ob der Erblasser seinen Willen kund gegeben hat, dann auch Art, Grösse, Umfang derselben, m. a.W. der Erbe muss Auskunft geben über Tatsachen, die einerseits leicht zu geben sind, andererseits dann zu Feststellungen führen, ob die Zuwendung ausgleichungspflichtig sei, bezw. in welcher Höhe. Eine solche Ausgleichungspflicht, die sich in vernünftigen Grenzen bewegt und nicht von den Berechtigten in schikanöser Art und Weise missbraucht wird, ist ganz im Sinne unseres Gesetzes.

Von einer Auskunftspflicht, wie sie Anz [2]) für das B.G.B. als geltend erachtet, wonach die Ausgleichungsberechtigten zu beweisen haben, dass Zuwendungen vom Empfänger auszugleichen sind, und erst nach dieser Feststellung Auskunft über die Grösse, Wert etc. verlangt werden kann, kann keine Rede sein, da dies mit der modernen Auskunftspflicht nicht in Uebereinstimmung zu bringen ist. Nach gemeinem Recht lag allerdings den Berechtigten die Beweispflicht ob, für das Vorliegen von Konferenden, und konnte dann erst der Verpflichtete dazu angehalten werden, über Grösse und Umfang Auskunft zu geben. Anders die allgemeine Auskunftspflicht des B.G.B., die dem Erben die Möglichkeit gewähren soll, über das Vorliegen und den Umfang der Ausgleichungspflicht Kenntnis zu erlangen [3]); insbesondere

[1]) Die Auskunft, dass er Zuwendungen überhaupt nicht erhalten hat, genügt.
[2]) S. 27.
[3]) Motive S. 704.

anders die Auskunftspflicht des Z.G.B. Gerade darin liegt ja das wesentliche der modernen Auskunftspflicht gegenüber der gemeinrechtlichen Doktrin, dass sie nicht nur auf Umfang und Grösse sich beschränkt, sondern eine allgemeine geworden ist. Da nach Art. 610 Abs. 2 dem Erben die Möglichkeit gewährt werden soll, über alles, was für die gerechte Verteilung in Berücksichtigung fällt, Auskunft zu verlangen, ist der Erbe in erster Linie verpflichtet, über das Vorliegen einer Zuwendung dem Miterben Mitteilung zu machen, sowie namentlich, ob der Erblasser Anrechnung gewollt habe. Erst wenn der Erbe keine diesbezügliche Auskunft gibt oder zu geben vermag, muss zur Entscheidung der Ausgleichungspflicht der das Bestehen derselben Behauptende, d. h. der Berechtigte beweisen, dass eine Zuwendung erfolgt und dass der Erblasser Anrechnung gewollt habe, resp. dass überhaupt eine Zuwendung gegeben wurde, wenn sie sich als eine der in Art. 626/2 genannten Zuwendung darstellt.

§ 2057 B.G.B. gibt dem Berechtigten, um der Ausgleichungspflicht grösseren Nachdruck zu verleihen, das Recht, vom Zuwendungsempfänger die Leistung des Offenbarungseides zu verlangen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die Auskunftspflicht nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt wurde. Eine ähnliche Bestimmung kennt das Z.G.B. nicht. Nach Escher[1]) erfolgt die Auskunftspflicht des Z.G.B. unter zivilrechtlicher Verantwortlichkeit[2]) und gegebenenfalls — so die Kantone dies vorsehen — unter strafrechtlicher Verfolgung; dagegen findet nach Escher kein gerichtliches Verfahren statt, da die Auskunftspflicht eine rein private sei. Anderer Ansicht, d. h. für die prozessuale Geltendmachung, ist Gautschi: „Die Ansicht Eschers kann schon aus dem Grunde nicht richtig sein, weil dies ein unmotivierter Eingriff in das kantonale Prozessrecht bedeuten würde“[3]). Der letzteren

[1]) Escher S. 290 und 295. Gleicher Ansicht Kuoni S. 258.
[2]) O.R. Art. 41 ff.
[3]) S. 213.

Ansicht (Gautschi) ist durchaus beizustimmen. Die Verweisung Eschers auf die in der Verhandlung der Expertenkommission, auf die Anfrage, ob ein Eid zulässig sei, erfolgte Antwort: Man habe (d. h. im Z.G.B) von einer besonderen Sanktion abgesehen, spricht eher für, als gegen die Ansicht Gautschis. Dass das Gesetz eine diesbezügliche Bestimmung nicht aufgenommen hat, bedeutet nicht Ausschliessung der Anwendung des kantonalen Prozessrechtes. Ist doch auch nicht einzusehen, warum ein Rechtsanspruch, den das materielle Recht gewährt, nicht sollte prozessual geltend gemacht werden können, solange das Gesetz nicht ausdrücklich diese Geltendmachung ausschliesst.

§ 18.

In welchem Zeitpunkt muss die Durchführung der Ausgleichung stattfinden, bezw. ist die Geltendmachung des Ausgleichungsanspruches an einen Zeitpunkt gebunden?

Nach B.G.B. hat die Ausgleichung gemäss § 2051/1 bei der Auseinandersetzung zu erfolgen; vor der Auseinandersetzung kann der Anspruch nicht geltend gemacht werden, wie auch eine spätere Geltendmachung eines bei der Auseinandersetzung nicht berücksichtigten Anspruches ausgeschlossen ist, ausgenommen in den Fällen, wo eine Anfechtung des Auseinandersetzungsbeschlusses nach allgemeinen Regeln möglich ist [1]).

Im Gegensatz zum B.G.B. bestimmt das Z.G.B. nicht, wann die Ausgleichung zu erfolgen hat. Nach der Ansicht

[1]) Unger § 47 Anm. 9: Im Falle rechtskräftiger gerichtlicher Teilung hätten die Berechtigten kein Mittel, die versäumte Anrechnung zu realisieren, bloss bei aussergerichtlicher Teilung durch die condictio indébiti.
Strohal S. 77 Bd. I: Bei Versäumung ist Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung möglich.

von Wolfer findet die Ausgleichung bei der Erbteilung statt[1]). Es ergebe sich dies sowohl aus dem ganzen Wesen der Erbengemeinschaft, als auch daraus, dass die Ausgleichung einen Unterabscbnitt der Erbteilung bildet. Da diese — wie Amsler sagt[2]) — die endgültige Bereinigung und Liquidation aller gegenseitigen Ansprüche und Schuldigkeiten zum Zwecke hat, wäre eine nachträgliche Geltendmachung des Ausgleichungsanspruches unmöglich, es sei denn bei der Anfechtung des Teilungsvertrages, nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung von Verträgen, bei Vorliegen von Irrtum, Zwang, Betrug (Art. 638).

Beide Argumentationen sind u. E. insofern unvollständig, als sie die juristische Natur des Ausgleichungsanspruches völlig ausser Acht lassen[3]). Sie sind richtig, wenn wir annehmen, der Erbe erhalte infolge der Ausgleichungsberechtigung einen grösseren Erbteil, als ihm ohne diese Berechtigung zugekommen wäre, wenn somit die Ausgleichung ein integrierender Bestandteil der Erbteilung bildet[4]). Stellt sich jedoch die Ausgleichungsberechtigung als ein persönliches Recht dar, das dem Erben, wenn und weil er erbt neben seinem Erbrecht zusteht, infolgedessen sich sein Erbteil nicht vergrössert, so ist der Charakter der Erbschaftsteilung, als ein das Gemeinschaftsverhältnis der Erben abschliessendes Rechtsgeschäft[5]), für den Zeitpunkt der Geltendmachung eines Ausgleichungsanspruches nicht bestimmend[6]). Da die juristische Natur der Ausgleichung des Z.G.B. sich u. E. im letzterem Sinne bestimmt, braucht der Ausgleichungsanspruch nicht bei der Erbteilung geltend gemacht zu werden.

---

[1]) S. 87.
[2]) S. 168.
[3]) Um nicht stofflich vorgreifen zu müssen, kann diese Darstellung nur eine kurze sein. Vgl. unten Abschnitt V.
[4]) Binder S. 199.
[5]) Bähr, Arch. f. b. R. S. 226.
Für das Z.G.B.: B.E. Nr. 30 Februar 1913.
[6]) Vgl. Escher S. 343, insbesondere die Ausführungen von Binder S. 187.

Materiell steht somit der nachträglichen Geltendmachung nichts entgegen, wenn es auch der Zweckmässigkeit entspricht, die Ausgleichung bei der Erbteilung vorzunehmen, da es zu unleidlichen Verhältnissen führen würde, namentlich auch einer Menge von Prozessen Tor und Türe geöffnet wäre, wenn die Erben, nachdem die Erbmasse längst geteilt, immer wieder mit Ansprüchen belästigt würden, die aus den längst bereinigt geglaubten Miterbenverhältnissen entsprungen sind. Immerhin wird diese nachträgliche Geltendmachung selten vorkommen, da die Natur der Sache es mit sich bringt, dass der Berechtigte sein Recht so bald wie möglich realisieren wird, andererseits es im Interesse des Berechtigten ist, seinen Anspruch bei der Teilung geltend zu machen, da er in diesem Zeitpunkt in Form des sich im Nachlass befindlichen Erbanteils des Pflichtigen eine Sicherung hat [1]).

Die Ausgleichung kann auch vor der Teilung erfolgen, und es ist nicht einzusehen, warum es nicht zulässig sein sollte, wenn die Erben vor der Teilung, entsprechend der festgestellten Ausgleichungsberechtigung, aus der Erbschaft ein Voraus nehmen, resp. der Verpflichtete seinen Miterben entschädigt [2]). Dies kann jedoch nur mit Uebereinstimmung der Verpflichteten erfolgen, denn diese können verlangen, dass ihnen die Erbschaft rechnerisch auf ihren Erbteil in Abzug gebracht wird.

---

[1]) Vgl. unten Abschnitt V a.E.

[2]) Escher S. 343.
Dernburg: Eine vorherige Geltendmachung ist nach preussischem Privatrecht nicht unzulässig.

§ 19.

Zum Zwecke der Durchführung der Ausgleichung hat die geschichtliche Entwicklung verschiedene Verfahrensarten ausgebildet. In erster Linie sind zwei einander gegenüber stehende Systeme, die Realkollation und die Idealkollation zu nennen[1]). Die erstere besteht im tatsächlichen Zurückbringen des Objektes, sei es nun, dass der individuelle Gegenstand selbst eingeworfen wird (Naturalkollation), sei es, dass nur der Wert des auszugleichenden Gegenstandes zurückerstattet wird (Wertkollation). Im Gegensatz dazu erfolgt kein Rückbringen bei der Idealkollation, der auszugleichende Gegenstand bleibt in der Hand des Empfängers und wird nur rechnerisch zur Ausgleichung gebracht, indem entweder jeder Berechtigte aus der Erbmasse einen Betrag in der Höhe der ausgleichungspflichtigen Zuwendung vorwegnimmt, und dann der Rest im Verhältnis der Erbteile geteilt wird, oder indem der Gesamtwert aller Zuwendungen zum Nachlassbetrag addiert wird, und sodann jedem Erben von seinem Anteil so viel subtrahiert wird, als die von ihm auszugleichende Zuwendung bewertet ist.

Während im römischen und gemeinen Recht der Kollationsanspruch im Prinzip auf Herausgabe in natura gerichtet war, kennen die neueren Rechte entweder die Idealkollation, wie sie namentlich im A.L.R. galt, oder aber ein aus Real- und Idealkollation zusammengesetztes System. Das B.G.B. und das österreichische Recht haben sich für die rechnerische Ausgleichung entschieden, währenddem das französische Recht[2]) die Ausgleichung „en moins prenant" vorschreibt. In letzterem Sinne, für Ausgleichung in natura, oder durch Anrechnung dem Werte nach, hat sich das Z.G.B. entschieden.

---

[1]) Planck: Vorbemerkung zu § 2050—2057.
Anz S. 33 u. d. d. zitierten.

[2]) Art. 858 C. c. fr. — Zachariae Crome § 641 — Wie der C. c. fr. auch das sächsische Recht. § 2361.

Ob die Ausgleichung auf erstere oder letztere Art vor sich geht, richtet sich nach Z.G.B., im Gegensatz zum französischen Recht, nicht nach der Beschaffenheit des auszugleichenden Gegenstandes, sondern nach dem Willen des Verpflichteten, denn wie die Erläuterungen sagen, kann füglich dem Pflichtigen die Wahl gelassen werden [1]).

Dieses aus Ideal- und Realkollation zusammengesetzte System, das dem Verpflichteten die Möglichkeit gibt, die eine oder andere Verfahrensart zu wählen, hat vor dem System des c. c. fr. den Vorzug, dass es dem erblasserischen Willen, in dessen Absicht es in der Regel liegen wird, dass dem Erben die gemachte Zuwendung nicht genommen werden soll, entgegenkommt. Andererseits bietet das Verfahren des Z.G.B. die Möglichkeit, den Interessen der Verpflichteten in hohem Masse entgegenkommen zu können, ohne dadurch die berechtigten Miterben zu benachteiligen. Denn gewiss bedeutet diese wahlweise Ausgleichung für den Erben eine Erleichterung seiner Verpflichtung, wenn ihm die Möglichkeit geboten wird, sich eines Objektes zu entledigen, für das er keine Verwendung hat [2]), oder ihn die Wertausgleichung finanziell schwächen würde.

Hat der Erbe sich für Ausgleichung in Natur entschieden, muss er den vorempfangenen Gegenstand zum Nachlass bringen. Er erhält dann seinen Anteil aus der Erbmasse, wie wenn er nie eine Zuwendung empfangen hätte. In den meisten Fällen wird jedoch der Erbe sich für die rechnerische Ausgleichung entscheiden und erhält dann aus dem Nachlass weniger, als er ohne das Bestehen der Ausgleichungspflicht erhalten hätte [3]). Während das B.G.B. die Berechnungsmethode vorschreibt (§ 2055), unterlässt dies das Z.G.B. Von den verschiedenen in Frage kommenden

---

[1]) Erl. S. 142.
[2]) Bspw. ein Familienschmuckstück.
[3]) Vgl. jedoch unten Abschnitt V.

Berechnungsarten[1]) dürfte diejenige des B.G.B., da sie die praktischste ist, für das Z.G.B. angewendet werden[2]).

Das Wahlrecht steht dem Erben nicht zu, wenn der Erblasser eine andere Anordnung getroffen hat (Art. 628/2). Es kann der Erblasser sowohl die eine, als die andere Art der Ausgleichung vorschreiben, als er auch speziell anordnen kann, welche Gegenstände — event. auch welche Quote — in natura zurückgebracht werden müssen, bezw. bei den Erben bleiben sollen. Die Beweislast trifft diejenigen Personen, die eine abweichende Anordnung behaupten; in der Regel die Ausgleichungsberechtigten.

§ 20.

Bezüglich des Zeitpunktes, der für die Wertberechnung des Ausgleichungsobjektes massgebend ist, stand der Gesetzgeber vor der Alternative, sich für denjenigen der Zuwendung oder der Ausgleichung zu entscheiden. Von keiner der beiden Wertberechnungen kann behauptet werden, dass sie, weil die gerechtere, der anderen vorzuziehen sei. Unbilligkeiten aller Arten können sich sowohl bei der Wertbestimmung nach dem Zeitpunkt der Zuwendung, als auch bei demjenigen der Ausgleichung einstellen. In einem Fall kommt eine event. Wertvermehrung dem Zuwendungsempfänger, im andern Fall dem Berechtigten zu, während umgekehrt hier ein Wertverlust von den Verpflichteten, dort von den Berechtigten getragen werden muss. Da Schutz des Berechtigten, dort des Verpflichteten[3]).

---

[1]) In sehr ausführlicher Weise hat Wolfer in § 27 die einzelnen Berechnungsarten angeführt.

[2]) Die dem Wesen des Z.G.B. entsprechendere Methode wäre allerdings diejenige des Vorausbezuges.
Escher S. 347.

[3]) Vgl. Strohal 1. Aufl. S. 84 Anm. 7, 2. Aufl. Bd. I. S. 71 Anm. 3. Weitere Beispiele gibt Künzel in Gruchots Beiträgen S. 813.

Während nach dem B.G.B. der Wert sich nach dem Moment der Zuwendung bestimmt, hat das Z.G.B. (Art. 630) den Moment des Erbganges als für die Wertberechnung entscheidend erachtet [1]). Einerseits liess sich der Gesetzgeber von der Erwägung leiten, dass damit die Ermittlung des wahren Wertes erleichtert werde, denn eine Feststellung, welchen Wert die Zuwendung in dem vielleicht zeitlich weit zurückliegenden Moment des Empfanges hatte, führt oft zu grossen Schwierigkeiten; andererseits erachtet er diese Lösung durch die Zulassung der Naturalkollation geboten. Für die Bewertung des Z.G.B. spricht auch der Umstand, dass das Zugewendete zu den Gegenständen des Nachlasses, welche doch zu ihrem gegenwärtigen Werte angesetzt sind, gerechnet wird [2]).

In zwei Fällen erfolgt die Wertberechnung nicht nach dem Werte zum Zeitpunkt des Erbganges: Erstens dann, wenn die Sache vorher veräussert worden ist (Art. 630/1). Einerseits ist die Wertberechnung, wie sie das französische Recht (Art. 680) vorschreibt, eines zum Zeitpunkt des Erbganges nicht mehr beim Empfänger sich befindlichen Objektes unpraktisch oder gar unmöglich, namentlich wenn ein Dritter die Sache vernachlässigt hat. Anderseits würden sich einer Feststellung, welchen Wert die Zuwendung gehabt hätte, wenn sie beim Empfänger geblieben wäre, nicht wenig Schwierigkeiten entgegenstellen, da hier der Empfänger nicht für Verschulden Dritter entgelten muss [3]).

Ferner bestimmt sich die Wertberechnung nicht nach dem Zeitpunkt des Erbganges, sondern nach der erblasserischen Verfügung, wenn der Erblasser eine die Bewertung

---

[1]) Genauer der französische Text: Le rapport a lieu d'après la valeur des libéralités au jour de l'ouverture de la succession.

[2]) Vgl. Schiffner, S. 109 oben. — Weisskes R.L. 3.

[3]) Die Tatsache, dass der Erlös lange nicht dem wirklichen Wert gleicht, verpflichtet den Verkäufer nur, wenn die Miterben nachweisen, dass der Verkauf stattgefunden hat, um sie zu schädigen.

betreffende Anordnung getroffen hat. Der Erblasser kann sowohl den für den Wert der Zuwendung massgebenden Zeitpunkt verschieben, als auch einen bestimmten Betrag ansetzen. Dass eine derartige Verfügung zulässig ist, ergibt sich sowohl aus Art. 628/2 (. . . . vorbehalten bleiben abweichende Anordnungen des Erblassers . . . .), als auch aus dem dispositiven Charakter der Ausgleichungsbestimmungen überhaupt. Insbesondere kann der Erblasser sowohl einen Minimalbetrag durch letztwillige Verfügung festlegen, als er auch einen Betrag ansetzen kann, der über den effektiven Wert der Zuwendung weit hinausgeht. Letzteres jedoch unbeschadet des Pflichtteils des Zuwendungsempfängers als auch Dritter. — Vorausgesetzt, dass der Erblasser angeordnet hat, dass nicht Natural-, sondern Anrechnungsausgleichung erfolgen soll, kann in einer solchen Verfügung eine für den Anrechnungswert massgebende Vorschrift liegen, dann nämlich, wenn das Objekt ein landwirtschaftliches Grundstück im Sinne des Art. 617/2 ist[1]). Während Grundstücke im allgemeinen nach dem Zeitpunkt des Erbganges bewertet und somit den Erben zum Verkehrswert angerechnet werden, kann ausnahmsweise ein landwirtschaftliches Grundstück zum Ertragswert, der in der Regel einen unter dem Marktwert[2]) stehender Betrag ausmacht, in Anrechnung kommen. Wenn nämlich der Erblasser Idealausgleichung vorschreibt und damit verfügt, dass der Erbe das Grundstück behalten soll, so wird darin eine Willenskundgebung des Erblassers liegen, dass das Grundstück nicht verteilt oder verkauft werden soll, und daher geniesst der verpflichtete Erbe das Vorrecht des Art. 612 (lex specialis[3]).

Wie sich aus dem oben Gesagten ergibt, sind die ausgleichungspflichtigen Objekte in dem Zustand einzuwerfen,

---

[1]) Guggenheim S. 65.

[2]) Der subsidär geltende gesetzliche Ertragswert beträgt drei Viertel des Verkehrswertes.

[3]) Vgl. Kuoni S. 257.

resp. zu bewerten, wie sie sich im Moment des Erbfalles befinden. Immerhin gilt dies nicht schlechthin. Ersatzpflichtig für Veränderungen seit dem Moment der Hingabe können sowohl die Verpflichteten, als auch die Berechtigten nach Massgabe d. Art 630/2 werden. „Verwendungen und Schaden, sowie bezogene Früchte sind unter den Erben nach den Besitzesregeln in Anschlag zu bringen". Damit erhebt sich in erster Linie die Frage, wann der Erbe wie ein gutgläubiger, bezw. wie ein bösgläubiger Besitzer haften soll für den Wertverlust, den die Sache erfahren hat. — Kohler[1]) ist der Ansicht, dass dem, der modernen Kollation zugrunde liegenden Gedanken, dass der ausgestattete oder versorgte Erbe bereits ein Teil von seinem Gut in Händen habe, auch eine Haftung für diligentia durchaus entspricht. Auch Wolfer[2]) kommt zu der gleichen Ansicht für das Z.G.B., indem er den Erben für Verschulden oder Nachlässigkeit haften lässt. Dies kann jedoch nicht richtig sein und entspricht nicht dem Art. 630/2. Die Anwendung der Besitzesregeln kann nur die Bedeutung haben, dass der Ausgleichungspflichtige nicht mehr wie ein gutgläubiger Besitzer anzusehen ist, wenn er die ausgleichungspflichtige Sache beschädigt, zugrunde richtet, zu Schleuderpreisen verkauft, um damit seine Miterben zu benachteiligen[3]). Nur dann, wenn er den Ertragswert vermindert hat, ist er wie ein bösgläubiger Besitzer zu behandeln und haftet für den Schadenersatz und zwar nach Art. 940 für das volle Interesse des Geschädigten. Ist die Wertverminderung nicht auf Böswilligkeit zurückzuführen, haftet der Ausgleichungspflichtige wie ein gutgläubiger Besitzer, d. h. er haftet nicht für verschuldete, durch unordentliche Wirtschaftsführung entstandene Abnützung oder Vernichtung der Sache[4]). Da das Gesetz in Art. 3 eine Ver-

[1]) S. 157.
[2]) S. 107.
[3]) So Escher S. 351. — Rossel-Mentha S. 710.
[4]) Vgl. Ostertag zu Art. 938.

mutung für den guten Glauben aufstellt, liegt die Beweislast beim Ausgleichungsberechtigten. Dieser wird Tatsachen zu erbringen haben, aus denen sich ergibt, dass der Verpflichtete bösgläubig war; ausnahmsweise auch nur, dass der Zuwendungsempfänger nicht gutgläubig sein konnte, wenn er beispielsweise die empfangene Sache gegenüber seinen eigenen Sachen in auffälligerweise vernachlässigte, oder wenn der Empfänger im allgemeinen ein sehr sorgfältiger Mann zu sein pflegt.

Wir erachten diese Lösung als eine sehr glückliche. Der Geseszgeber hat damit den Gedanken, dass für die Wertberechnung der Zeitpunkt des Erbganges massgebend sei — im Gegensatz zum gemeinen Recht[1]) — konsequent durchgeführt[2]), ohne die Rechte der Ausgleichungsberechtigten ungerechtfertigterweise zu schmälern[3]).

Eine weitere Folge der in Anwendung zu bringenden Besitzesregeln ist die für den Ausgleichungsverpflichteten gegenüber seinen Miterben — aus Anwendung des Art. 939 — entstehende Ersatzforderung für gemachte Verwendungen. Dieser Ersatzanspruch besteht nur für notwendige und nützliche Verwendungen, nicht jedoch für Verwendungen anderer Art (Luxusausgaben), dagegen hat der Zuwendungsempfänger für letztere ein Wegnahmerecht (jus tollendi). Was die bezogenen Früchte anbelangt, braucht sie der Zuwendungsnehmer, guter Glaube vorausgesetzt, nicht zu restituieren (Art. 938). Es ist daher gleichgültig, ob die Früchte ver-

---

[1]) Leist S. 470 ff. — Fein S. 292.

[2]) Eine Haftung, wie sie Wolfer vorschreibt, würde einer Wertberechnung nach dem Zeitpunkt der Zuwendung fast gleichkommen. Darin liegt auch der Beweis der Unrichtigkeit der Behauptung Wolfers, dass der Gesetzgeber nicht gewollt habe, dass die Nachlässigkeit dem Ausgleichungsverpflichteten zugute komme.

[3]) Nach den gleichen Grundsätzen richtete sich auch die Haftung bei der antiken collatio emancipati. — Kohler S. 135. — Fein S. 35.

braucht oder noch vorhanden sind, dagegen muss er sich gefallen lassen, dass die Früchte auf eine event. gestellte Forderung für Verwendungen angerechnet werden (Art. 939 Abs. 3).

§ 21.

Ein Streitpunkt war im gemeinen Recht die Entscheidung der Frage, ob für den Fall, dass der ausgleichungspflichtige Erbe infolge der erhaltenen Zuwendung bereits mehr erhalten hat, als sein Erbteil beträgt, er den, seinen Erbteil übersteigenden Betrag auszugleichen habe. Die herrschende Meinung ging dahin, dass Herauszahlungspflicht des Mehrbetrages nicht bestehe. Im gleichen Sinn hat sich auch das A.L.R. entschieden, sowie die meisten modernen Kodifikationen (B.G.B. und österr. G.B.).

Im Gegensatz zu diesen Rechten, insbesondere auch zu den meisten kantonalen Rechten, hat das Z.G.B. dahin entschieden, dass die Ausgleichung in Natur oder dem Werte nach auch dann stattzufinden habe, wenn die Zuwendung den Betrag des Erbanteiles übersteige (Art. 629[1]). Hat sich der Pflichtige für Realkollation entschieden, gibt sich die Ausgleichung des Mehrbetrages ohne weiteres; hat er dagegen Idealkollation gewählt, so ist er verpflichtet, den Betrag, um den die Zuwendung über seinen Erbteil hinausgeht, den Miterben zukommen zu lassen.

Dass die Lösung des Z.G.B. dem Institut der Ausgleichung besser gerecht werde, als die Anschauung, wie sie vom B.G.B. vertreten wird, kann nicht behauptet werden[2]). Gerade für die Ausgleichung des B.G.B. ergibt sich mit Rechtsnotwendigkeit aus dem Gedanken, der Ausgleichungspflichtige

---

[1]) Das gleiche Prinzip ist auch schon in Art. 628 Abs. 1 enthalten. „ . . . . und zwar auch dann . . . .“.

[2]) Anz. S. 37. — Anderer Meinung Escher S. 348/4.

müsse das einmal empfangene — das Antizipationsobjekt — dauernd behalten, dass der Ueberschuss nicht auszugleichen ist. Wohl aber ist die Bestimmung des Art. 629 Z.G.B. gut in Einklang zu bringen mit Art. 628, der die Realkollation, wenn auch nur wahlweise, wieder einführt.

Das Prinzip der Ausgleichung des Ueberschusses wird durchbrochen, d. h. es erfolgt eine Ausgleichung des über den Erbteil hinausgehenden Betrages nicht, wenn nachweisbar der Erblasser den Erben damit begünstigen wollte [1]), sei es, dass der Erblasser dem Erben die Möglichkeit geben wollte, die Zuwendung zu behalten, sei es, dass nachgewiesen wird, der Erblasser habe speziell den Erben von der Ausgleichung des Ueberschusses befreien wollen. Der erblasserische Wille braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, insbesondere kann er stillschweigend sein [2]). Eine glückliche, das Prinzip der Ausgleichung des Ueberschusses stark mildernde Neuerung ist in der Vermutung des Art. 629 Abs. 2 enthalten. In dem hauptsächlichsten Fall, d. h. für die Ausstattung, die den Nachkommen bei der Verheiratung zugewendet worden ist, wird die Begünstigungsabsicht des Erblassers hinsichtlich des den Erbteil übersteigenden Betrages vermutet. Eine Schwierigkeit der Auslegung dieses Artikels besteht darin, dass die Feststellung, was als „landesüblich" zu betrachten ist, nicht leicht sein wird. In Anbetracht der in den verschiedenen Gegenden der Schweiz geltenden Bräuche, wird es schwer halten, hier ein einheitliches Mass zu finden. Unter Ausstattung im Sinne von Art. 629/2 ist nur das zu verstehen, was unter den Begriff der Aussteuer [3]) fällt (Wäsche, Möbel etc.), denn nur bei diesen Gaben, die, wie die Protokolle [4]) besagen, nicht grössere Beträge ausmachen, ist anzunehmen,

[1]) Der Beweis liegt beim Zuwendungsempfänger.
[2]) Beispielsweise, wenn in einer Familie das Stammhaus traditionell auf den ältesten Sohn übergeht.
[3]) Französischer Text: Trousseau. — Rossel-Mentha S. 708.
[4]) S. 740.

dass sie der Tochter bleiben sollen, bezw. eine Anrechnung nur in der Höhe des Erbteils erfolgen soll. Beträgt bspw. der Erbteil 300, währenddem der Deszendent eine Ausstattung im Werte von 500 auszugleichen hat, sind die 200 vermutungsweise nicht herauszuzahlen. Gilt diese Vermutung nun aber auch, wenn neben der Ausstattung noch eine Zuwendung anderer Art auszugleichen ist? Der Erbteil betrage bspw. 300, eine Ausstattung von 200 und eine andere Zuwendung von 300 sei auszugleichen. Hier wird die Vermutung des Art. 629 Abs. 2 nicht Anwendung finden können, da sie u. E. nur dann besteht, wenn die Ausstattung allein den Betrag des Erbteils übersteigt und nur für den Betrag, um den die Ausstattung den Erbteil übersteigt[1]). Wenn also neben einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung von 200, eine Ausstattung im Werte von 400, gegenüber einem Erbanteil von 300, zur Ausgleichung kommt, so ist der Betrag von 100, um den die Ausstattung den Erbanteil übersteigt, nicht auszugleichen, wohl aber die Zuwendung von 200.

Was die Zweckmässigkeit des Art. 629 anbelangt, so kann wohl mit Recht behauptet werden, dass der Gesetzgeber durch diese Ausgleichungspflicht, in Verfolgung der damit bezweckten absoluten Gleichstellung der Erben, das moderne Rechtsgefühl verletzt hat[2]). So wenig wie im römischen Recht[3]), sollte für das moderne Erbrecht gelten: „dum heres lucrum facere sperat, in damnum incidit". Wenn der Erbe nichts aus der Erbschaft erhält, soll er auch nicht konferieren müssen. Der Gedanke der unbedingten, den Betrag des Erbteils übersteigenden Ausgleichungsverpflichtung muss den Erben davon abschrecken, die Erbschaft anzunehmen oder jedenfalls davon abhalten, anzunehmen, bevor er sich Gewissheit verschafft hat, dass die Zuwendung nicht den Betrag des Erbanteiles übersteigt, m. a. W., er wird nicht

---

[1]) A M. Escher S. 345.
[2]) Kohler S. 158.
[3]) L. 22 § 4 und 10. C. 6/30.

annehmen, bevor die Erbschaft inventarisiert worden ist [1]). Damit ergibt sich, dass in den meisten Fällen die Bestimmung des Art. 629 ihren Zweck, d. h. die absolute Aequität, nicht erreichen wird. Die Wirkung der unbedingten Ausgleichungspflicht ist vielmehr eine Verzögerung der Erbschaftsbereinigung, bezw. eine Ausschlagung überschwerter Erben. Beides Resultate, die der Gesetzgeber nicht gewollt hat.

[1]) Nach Art. 580 hat jeder Erbe die Befugnis, ein öffentliches Inventar zu verlangen.

V. Abschnitt.

Die rechtliche Natur der Ausgleichung.

§ 22.

Wenn wir, anschliessend an die Einzelausführungen, in diesem letzten Abschnitt der Frage nach der rechtlichen Natur der Ausgleichnng näher treten, sind wir uns von vorneherein der Tragweite des aus dieser Untersuchung hervorgehenden Resultates bewusst. Handelt es sich doch nicht bloss um eine Charakterisierung des juristischen Wesens der Ausgleichungsverpflichtung resp. d. Ausgleichungsanspruches, die nur vom dogmatischen und geschichtlichen Standpunkte aus von Interesse ist; vielmehr bedeutet die Beantwortung der Frage eine Festlegung der Grenzen, in denen die Ausgleichung ihre Wirkung äussern kann [1]).

Wenn auch für das frühere Recht die Lösung der Frage nicht ohne Bedeutung war [2]), finden sich doch dort nur wenige Versuche, der Ausgleichung eine juristische Konstruktion zu geben. Eingehende, sich mit der Lösung dieses Problems befassende Ausführungen finden sich erst in der allerneuesten Zeit. Die Veranlassung dazu gab die Schaffung eines einheitlichen Gesetzbuches für Deutschland, und es ist das Verdienst der deutschen Rechtslehrer und Kommentatoren des B.G.B., die Grundlagen, die zur Lösung dieses

[1]) Anz S. 63. — A.M. Magnus S. 120.

[2]) A.M. Theissen S. 3. — Vgl. jedoch Kroning: Nachlassgläubiger und Kollationspflicht § 1.

schwierigen Problemes führen, geschaffen zu haben [1]). Wenn auch ein einheitliches Resultat nicht erzielt wurde, dürften die diesbezüglichen Ausführungen Anleitung bieten zur Erkennung des juristischen Wesens der Ausgleichung, wie sie unser Gesetzbuch aufgenommen hat, und daher eine Uebersicht über die bestehenden Ansichten angebracht sein.

Den ersten Versuch machte Schiffner [2]). Nach seiner Ansicht erhalten die durch die Ausgleichung berechtigten Miterben, einen vermögensrechtlichen Vorteil, der ihnen ohne die Ausgleichungspflicht nicht zukommen würde. Dieser Vorteil, das commodum collationis, kommt ihnen aus dem Nachlass, nicht aber aus dem Vermögen des Verpflichteten und insbesondere nicht aus den conferenda zu (Idealausgleichung). Obwohl dieser Vorteil mit der Erbteilung zusammenhängt, kommt er dem Berechtigten nicht Kraft ihres Erbrechtes und nicht in ihren Erbteilen zu.

Nach Schiffner befassten sich viele andere Schriftsteller mit der Lösung dieser Frage [3]), und wurden Argumentationen für und gegen die Ansicht Schiffners erbracht. In erster Linie ist hier Strohal zu nennen, da er der ganzen Frage eine neue Richtung gab. Nach seiner Ansicht [4]) hat die Ausgleichungsberechtigung nach dem B.G.B. nicht den Charakter eines dem Berechtigten neben seinem Erbrecht zustehenden Forderungsrechtes, sondern nur den einer besonderen Eigenschaft des Erbrechtes des Ausgleichungsberechtigten, zufolge welcher dieser bei der Auseinandersetzung einen grösseren Teil in Anspruch nehmen kann, als ihm hiervon ohne die Ausgleichungsberechtigung gebührt. Dementsprechend ist die Ausgleichungsverbindlichkeit nicht eine den Ausgleichungspflichtigen belastende obligationenrechtliche

---

[1]) Am eingehendsten haben sich damit Strohal, Schiffner u. Binder beschäftigt.
[2]) S. 113 ff.
[3]) Vgl. Theissen S. 5 und 6.
[4]) Strohal Bd. I. 3. Aufl. S. 78.

Verbindlichkeit, sondern eine den Gehalt seines Erbrechtes mindernde Eigenschaft, vermöge deren er weniger aus dem Nachlass erhält, als er, abgesehen von der Ausgleichungspflicht, erhalten würde.

In diesen beiden Gegensätzen bewegen sich in der Hauptsache die Erörterungen über die streitige Frage. Einerseits die Anschauung, die Ausgleichungspflicht habe einen obligatorischen Charakter und erzeuge nur innerhalb der Erbengemeinschaft Rechtsbeziehungen[1]; andererseits die Ansicht, die Ausgleichungspflicht habe einen dinglichen Charakter und bedeute eine Verschiebung der Erbteile, was hauptsächlich für das Verhältnis der Nachlassgläubiger gegenüber den Erben von Bedeutung ist[2].

Wenn es auch zu einem endgültigen Abschluss, wie die Frage im B.G.B. zu entscheiden sei, noch nicht gekommen ist, so dürfte doch die Ansicht von Strohal am meisten für sich haben und die für die Ausgleichung des B.G.B. massgebende sein. Die von den Vertretern der obligatorischen Theorie erbrachten Beweise finden namentlich darin ihre Widerlegung, dass sie sich auf die im ersten Entwurf und in den Motiven verwerteten Argumente stützen, während doch unter dem Einfluss von Gierke[3] und Bähr die Ausgleichung gegenüber dem ersten Entwurf völlig umgestaltet wurde[4]. An Stelle der sich stark an das römische Recht anlehnenden Ausgleichung des Entwurfes trat die mehr deutschrechtliche Ausgleichung, wie sie dem A.L.R. eigen war.

---

[1]) Planck 2. Aufl. S. 202.
[2]) Vgl. das Beispiel des Theissen S. 20.
[3]) Vgl. die Kritik von Gierke S. 564.
[4]) Binder S. 189.
Strohal Bd. I. S. 78 Bem. 4.

§ 23.

Im Gegensatz zu der erörterten Ausgleichung des B.G.B., das einen stark ausgeprägten deutschrechtlichen Charakter zeigt, hat das Z.G.B. nicht vermocht, die dem germanischen Volksbewusstsein zugrunde liegende Ausgleichungsidee einheitlich durchzuführen. Die Ausgleichung des Z.G.B. hat einen stark romanistischen Einschlag. Neben den Gedanken des auf Anrechnung an den Erbteil gegebenen Objektes tritt die aus dem römischen Recht entnommene und von den meisten modernen Rechten verlassene Idee der in Natur zurückzubringenden Zuwendung und die dadurch bedingte absolute Ausgleichung, sowie die sich nach dem Zeitpunkt der Ausgleichung richtende Bewertung des empfangenen Gegenstandes. Hier Idealkollation, die Ausgleichungsprozedur, die das ausgleichungspflichtige Objekt beim Erben lässt, da Realkollation und damit Rückfall des Eigentums in die Erbschaft. Diese Kontroversen sind es, die uns die Erkennung der der Ausgleichung zugrunde liegenden Idee erschwert. Escher frägt sich, ob diese stark römischrechtlich gefärbte Ausgleichung den Gedanken der antizipierten Erbfolge überhaupt noch in sich trage. Letzteres dürfte bejaht werden; wenn auch der Gedanke der Abschichtung, d. h. der definitiven Erbabfindung verschwunden ist, liegt der Ausgleichung des Z.G.B., wie sich aus der Formulierung des Art. 626/2 (... auf Anrechnung an den Erbteil ...) in Verbindung mit Art. 629 ergibt, insofern die antizipierte Erbfolge vor, als die Idee einer provisorischen Zuteilung von Erbgut, vorbehaltlich definitiver Ausgleichung fortlebt[1]). Damit ist aber durchaus nicht gesagt, dass dieser Umstand ausschlaggebend ist für die juristische Natur der Ausgleichung[2]). Es kann sehr wohl das Wesen der Ausgleichung ganz anderer Art sein, d. h.

---

[1]) Kohler S. 158,
[2]) A.M. Escher S. 388.

das Ausgleichungsrecht nicht Inhalt des Erbrechtes sein und doch unter den Beteiligten im Resultat die Wirkungen erzielen, die einer Mehrung und Minderung der Erbteile gleichkommen [1]).

Vor allem ist zu sagen, dass eine Konstruktion, wie sie Strohal für die Ausgleichung des B.G.B. aufstellt, sich nicht in gleicher Weise für das Z.G.B. aufstellen lässt. In Ansehung des Art. 629 lässt sich die Idee der unbedingt beim Empfänger bleibenden Zuwendung, — d. h. dass der Erbe in Berücksichtigung der erhaltenen Gaben sein Erbrecht nur noch in vermindeter Form geltend machen kann, sein Anteil am Nachlass vermindert wird, entsprechend der Vermehrung auf Seite des Berechtigten, — nicht mehr halten, denn Kraft seines Erbrechtes kann der Berechtigte doch höchstens soviel erhalten, als der Nachlass ausmacht, niemals aber könnte der den Erbteil des Verpflichteten übersteigende Betrag als Vergrösserung des Anteiles angesehen werden.

Anders verhält sich dies, wenn durch die Ausgleichung der Nachlass rechtlich eine Vergrösserung erfährt. Dann aber ist die Ausgleichung eine Pflicht zum Rückbringen, eine wirkliche Realkollation, sei es nun, dass die empfangene Sache wieder zum Nachlass und zur Teilung kommt durch tatsächliches Zurückbringen, sei es, dass der Nachlass nur rechtlich vergrössert wird. Man könnte geneigt sein, anzunehmen, das Z.G.B. stehe auf dem Standpunkt der Realkollation, in Würdigung des Umstandes der französischen Formulierung „rapport“, in Würdigung der Tatsache, dass in den Erläuterungen sowohl, als in den Sten. Bull. des öftern von „Einwerfung“ die Rede ist, und auch Art. 626 von zur Ausgleichung zu „bringenden“ Zuwendungen spricht. Trotzdem möchten wir annehmen, dass das Z.G.B. prinzipiell nicht auf dem Standpunkt der Realkollaltion steht, denn die Ausgleichung des Z.G.B. ist, wenn auch scheinbar ganz dem

---

[1]) Vgl. Gierke S. 566.

französischen Recht nachgebildet, juristisch ganz anderer Art als jenes. Während das französische Recht eine wirkliche Einbringungspflicht kennt[1]), was einer Eigentumsentziehung gleichkommt, basiert die Ausgleichungsprozedur des Z.G.B. im Prinzip auf dem Gedanken, die Zuwendung solle beim Erben bleiben. Diesem widerspricht nicht die Tatsache, dass auch nach Z.G.B. eine Ausgleichung in natura erfolgen kann, denn prinzipiell ist die Ausgleichungsprozedur eine Idealausgleichung, wenn auch der Erbe das Recht hat die Zuwendung in natura zurückzubringen. Es zeigt sich dies daraus, dass die Wahlmöglichkeit des Art. 628 juristisch nicht eine Parallele zur Alternativobligation (obligatio alternativa), sondern zur sogenannten Alternativermächtigung (facultas alternativa) ist. Der Erbe soll nur die Möglichkeit haben, sich der Zuwendung zu entledigen. Die Idealausgleichung ist das primäre, der Erbe hat nur das Recht, an Stelle des grundsätzlich Geschuldeten in natura zu leisten[2]).

Dass im Prinzip die Ausgleichung des Z.G.B. eine Idealausgleichung ist und somit der Nachlass rechtlich nicht vergrössert wird, zeigt sich auch in der Erwägung, dass die Ausgleichung nicht Wirkungen zu Gunsten Dritter zeitigen darf. Wenn wohl das Z.G.B. im Prinzip nur eine gesamtschuldnerische und unbeschränkte Haftung kennt, besteht doch in einzelnen Fällen eine Haftung nur für das, was dem Erben aus dem Nachlass zugekommen ist; und in diesen Fällen würde die Ausgleichung, so wir annehmen, der Nachlass sei vergrössert worden, Dritten zugute kommen. Erläutern wir dies an folgendem Beispiel: Eine Erbschaft von 10000 sei unter zwei Erben zu teilen. Der A hat eine Zuwendung

---

[1]) Allerdings bezieht sich das Rückbringen nur auf Gegenstände gewisser Art, doch ist dadurch die prinzipielle Realausgleichung sanktioniert.

[2]) Es zeigt sich das darin, dass im Zweifel (wenn bspw. der Aufenthalt des Erben unbekannt ist), die Idealkollation als zu Recht bestehend, angenommen werden muss.

im Betrage von 6000 auszugleichen, dem B sei ein Vermächtnis an C im Betrage von 7000 auferlegt. Ohne das Bestehen der Ausgleichungspflicht müsste sich der Vermächtnisnehmer mit 5000 zufrieden geben [1]). Angenommen, der Nachlass habe durch das Bestehen der Ausgleichungspflicht eine Vergrösserung erfahren, so erhält A tatsächlich 8000 (als Erbteil) und kommt die Ausgleichungspflicht dem C zugute, d. h. er kann von B volle Befriedigung in der Höhe von 7000 verlangen. Dieses Resultat hat nun aber der Gesetzgeber nicht gewollt. Wie aus verschiedenen Quellen hervorgeht, soll die Ausgleichung nicht zu Gunsten Dritter wirken. So wurde anlässlich der letzten Durchberatung in den eidgenössischen Räten, vom Berichterstatter ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ausgleichung nur unter den Erben Wirkungen haben soll, nicht jedoch zugunsten der Vermächtnisnehmer oder Gläubiger [2]) wirken soll. Uebereinstimmend damit auch das in der Botschaft des Bundesrates Geäusserte, „die Ausgleichung solle nur rein innere Verhältnisse berühren". Wenn dieses Prinzip nicht verletzt werden soll, so kann das Bestehen der Ausgleichungspflicht n i c h t eine V e r g r ö s s e r u n g des Nachlasses zur Folge haben.

Wenn somit das Bestehen der Ausgleichungspflicht nicht eine Vergrösserung der Erbteile der Berechtigten zur Folge haben kann, so der Nachlass nicht vergrössert wird; andererseits aber — wie am Anfang dieses § ausgeführt wurde — ohne dass der Nachlass vergrössert wird, die Ausgleichungspflicht, in Ansehung des Art. 629, nicht eine Modifikation, der Erbteile zur Folge haben kann, bleibt uns nichts anderes übrig, als anzunehmen, die Ausgleichungspflicht schaffe nur obligatorische Rechte und Pflichten unter den beteiligten

---

[1]) Vgl. die analogen Beispiele von Strohal Bd. II. S. 364 ff.

[2]) Für die Gläubiger wäre eine Begünstigung möglich bei der Geltendmachung von Ansprüchen, die nicht im Inventar aufgenommen wurden. Art. 590 Abs. 2.

Erben [1]). Was der Ausgleichungsberechtigte infolge der Ausgleichungspflicht erhält, bekommt er aus einem besondern, ihm neben seinem Erbrecht zustehenden Forderungsrecht. Für den Ausgleichungspflichtigen bedeutet die Ausgleichungspflicht eine ihn belastende obligationenrechtliche Pflicht, für die er — da er nur verpflichtet, wenn und weil er erbt — mit seiner Eigenschaft als Erbe haftet, m. a. W. die Ausgleichungspflicht des Z.G.B. ist eine Nachlassverbindlichkeit [2]), die allerdings die Eigentümlichkeit hat, dass sie sich nur gegen den Miterben richtet [3]). Rechtlich nimmt der Berechtigte die Stellung eines Nachlassgläubigers, der Verpflichtete die eines Nachlasschuldners ein.

Dass die Ausgleichungspflicht als Nachlassverbindlichkeit einem Vermächtnis gleichzustellen ist [4]), kann nicht angenommen werden, denn der Erbe haftet gegenüber dem Vermächtnisnehmer nur mit dem, was er aus der Erbschaft erhält. Insofern als der unbeschränkt haftende Ausgleichungspflichtige sich der Haftung für die Nachlasschuld nur durch die Ausschlagung entziehen kann, hat die Beschwerung der Ausgleichungspflicht Aehnlichkeit mit einer Auflage im Sinne des Art. 482; doch muss auch dies abgelehnt werden in Ansehung der nur beschränkt auf die Ausgleichungspflicht anwendbaren Grundsätze der Auflage [5]). Auch von einer Suspensivbedingung (Art. 482) kann nicht die Rede sein, denn die Ausgleichung ist nicht Bedingung, sondern die Folge des Erbantrittes, sie suspendiert nicht, sie zwingt. Uebrigens dürfte auch ohne Bedeutung sein, ob sich die Ausgleichungspflicht als Nachlassverbindlichkeit unter eine der vom Gesetz erwähnten Nachlassverbindlichkeiten sub-

---

[1]) Damit stimmt überein, dass das Gesetz nur von der „Verpflichtung“ zur Ausgleichung spricht.
[2]) Strohal Bd. II. S. 175.
[3]) Planck S. 291.
[4]) Wolfer S. 116.
[5]) Bspw. dass Jedermann, der Interesse daran hat, die Vollziehung der Auflage verlangen kann (Art. 482/3).

sumieren lässt. Die Feststellung, dass die Ausgleichungspflicht nur obligatorische, d. h. nur im Innenverhältnis für die Erben Wirkungen hat, resp. dass sie eine Nachlassverbindlichkeit ist, für die der Erbe mit seinem Eigenvermögen haftet, genügt zur Festlegung der juristischen Natur der Ausgleichung.

Im Resultat ist die, sich als Nachlassverbindlichkeit darstellende Ausgleichung der, als Eigenschaft des Erbrechtes gedachten Ausgleichung, in bezug auf die Gleichstellung der Erben bei der Teilung, eine durchaus gleiche. Wenn auch die Forderung sich gegen das Eigenvermögen des Miterben richtet, somit ein selbständiges Recht ist, das dem Erben neben seinem Erbrecht zusteht, ist die Ausgleichung doch nicht vollständig von der Teilung losgelöst, insofern nämlich, als dem Ausgleichungsberechtigten eine Art dingliche Sicherheit für seine Forderung gewährt wird. Hat der Ausgleichungsverpflichtete nicht vorgezogen, vor der Teilung des Nachlasses dem Berechtigten, den diesem kraft seines Ausgleichungsrechtes zukommenden Betrag aus seinem Vermögen zu geben, so kann der Berechtigte sich für seine Forderung aus dem Anteil des Verpflichteten bei der Teilung befriedigen. Uebersteigt der Betrag der Ausgleichungsforderung den Erbanteil, so besteht das Forderungsrecht des Berechtigten in der Höhe des übersteigenden Betrages weiter [1]).

---

[1]) Nur wenn der Berechtigte bei der Teilung auf die Geltendmachung verzichtet hat, ist eine nachträgliche Geltendmachung unmöglich. — Die Nichtgeltendmachung der Forderung bei der Teilung kann jedoch im konkreten Fall als Verzicht (stillschweigend) ausgelegt werden.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Abschnitt.

Die Ausgleichungsbestimmungen im allgemeinen 5

II. Abschnitt.

Die Ausgleichungssubjekte 16

III. Abschnitt.

Die Ausgleichungsobjekte 41

IV. Abschnitt.

Die Durchführung der Ausgleichung 63

V. Abschnitt.

Die rechtliche Natur der Ausgleichung 81

Literatur-Verzeichnis.

A.b.G., Aargauisches bürgerliches Gesetzbuch.

Amsler, Das aargauische Erbrecht von 1856, seine Auslegung und Anwendung bis zu seiner Aufhebung durch das schweizerische Zivilgesetzbuch.

Anz, Die Ausgleichung unter den Miterben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1901.

Bähr, Zum Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. III. Berlin 1890.

B.E., Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes.

B.G.B., Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch.

Binder, Die Rechtsstellung der Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Teil Leipzig 1905

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung 1904.

Bühler, Das bündnerische Erb- und eheliche Güterrecht. Bern 1882. Diss.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1912/Bd. V, 1900/Bd. I.

Curti Eugen, Das schweizerische Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zürich 1911.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechtes. Bd. III 3. Aufl. Halle a./S. 1884.

Dunkhase, Die Kollationspflicht bei testamentarischer Erbfolge, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 79 Freiburg 1892.

Egger, Kommentar zum Zivilgesetzbuch: Personen- und Familienrecht. Zürich 1911 und 1913. (Kommentar Egger).

Endemann, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch. 3.—5. Aufl. Berlin 1899.

Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Heft 2 Bern 1901.

Escher, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Erbrecht. (Kommentar Egger) Zürich 1912.

Fein, Das Recht der Kollation. Heidelberg 1842.

Gautschi, Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichen Ermessen. Zürich 1913.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1889.

Guggenheim, Das bäuerliche Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diss. Zürich 1909.

Hafner, Zu § 2050 des Bürgerlichen Gesetzbuches, in: Juristische Wochenschrift. 31. Jahrgang 1902.

Hitzig, Die Rechtsstellung der Erben, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft. XI. S. 33 ff.

„ Der Arbeitserwerb des Kindes, in der Festgabe, dem schweizerischen Juristenverein überreicht von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Zürich. Zürich 1908.

Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes. Bd. II. Basel 1888.

Kohler, Die römisch-rechtlichen Grundlagen der Kollation, in: Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Mannheim 1883.

Kress, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1903.

Kroning, Die Nachlassgläubiger und die Kollationspflicht. Diss. Göttingen 1894.

Kuoni, Das schweizerische Erbrecht. Chur 1911.

Leist, Drei erbrechtliche Lehren, in Glücks Pandektenkommentar. Bücher 37 und 38 Erlangen 1875.

Magnus, Die Ausgleichungspflicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1901.

Mantel, Die Haftung des Einzelerben für die Schulden des Nachlasses. Diss. Leipzig 1905.

Martin, Code civil suisse, des successions. Exposé du livre III de l'avantprojet 1901.

Merz, Das Intestaterbrecht der aargauischen Rechtsquellen. Bern 1891. Diss.

Meyer, Die Ausgleichung unter Miterben und Auskunftspflicht, in: Das Recht 4. Jahrg. 1900.

Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1896.

O.R., Schweizerisches Obligationenrecht.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906,

Oser, Kommentar zum Obligationenrecht. Zürich 1913. (Kommentar Egger).

Ostertag, Kommentar zum Sachenrecht. III. Abt. Bern 1912. (Kommentar Gmür).

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Bd. V. Berlin 1908.

Protokolle der Expertenkommission über die Beratungen des schweiz. Zivilgesetzbuches. (Manuskript).

Regelsberger, Pandekten. Bd. I. Leipzig 1893.

Rehfous-Martin, Introduction à l'ecture code civil suisse. Genève 1908.

R.G.E., Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen.

Rosenberg, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1908.

Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Abhandlungen zum Privatrecht I. Jena 1897.

Schweizerische Juristen-Zeitung, Heft 9/1913 und Heft 22/1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V. München 1909.

Sten. Bull., Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung 1906.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin 1904.

Theissen, Der Einfluss der Ausgleichung auf die Haftung der Miterben. Koblenz 1908.

Tuor, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Erbrecht. Bern 1913. I. Lieferung (Kommentar Gmür).

Unger, Das österreichische Erbrecht. IV. Aufl. Leipzig 1894.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. II. Bd. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

Windscheid, Lehrbuch der Pandekten. III. Bd. 4. Aufl. Düsseldorf 1878.

Wolfer, Die Ausgleichung der Erben nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Zürich 1910. Diss.

Zachariæ-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechtes. 7. Aufl. Bd. IV. Freiburg i./B. 1896.

Z.G.B., Schweizerisches Zivilgesetzbuch.